جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٢٢

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد۲۳

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا۔و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۲۳، ص: ۱

[تتمه القسم الثانی فی العقود]

[تتمه کتاب التجاره]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطيبين الغر الميامين

[الفصل الثالث فی الخيار]

اشاره

الفصل الثالث مما بنی عليه كتاب التجاره فی الخيار الذی هو بمعنی الخيره أی المشيئه فی ترجيح أحد الطرفين، إلا أن المراد به هنا ملك إقرار العقد و ازالته بعد وقوعه مده معلومه، و لا ريب فی ثبوته فی الجمله، بل هو كالضروری، و إن كان الأصل فی البيع اللزوم، أی بناؤه عليه لا علی الجواز و إن ثبت فی بعض أفراده و فی جامع المقاصد أو أن الأرجح فيه ذلك، نظرا إلی أن أكثر أفراده عليه، و مراده أن الأصل حينئذ بمعنی الراجح، كما أن مرجع الأول إلی ما يناسب المعنی اللغوی و يمكن كونه بمعنی القاعده، أما الاستصحاب فبعيد إلا بتكلف نعم هو دليله مضافا إلی الآيه(۱)فی وجه و ظاهر النصوص (۲)و النظر فی أقسامه و أحكامه،

[أما أقسامه فخمسه]

اشاره

أما أقسامه ف قد ذكر المصنف هنا منها خمسه و أخر سبعه، و ثالث، ثمانيه، و رابع؛ أربعه عشر. و ليس ذلك خلافا و انما هو مجرد جمع و استقصاء.

[القسم الأول خيار المجلس]

الأول خيار المجلس ای عدم التفرق حقيقه عرفيه أو تجوزا فی بعض أفراد الحقيقه، لعدم اعتبار محل الجلوس فی هذا الخيار، بل و لا مكان العقد فی شی ء من النصوص و الفتاوی،

۱- ۱ سوره المائده الآيه ۱،.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ و ۶ من أبواب الخيار.

ف حینئذ إذا حصل الإیجاب و القبول انعقد البیع و کان لکل من المتبایعین خیار الفسخ ما داما فی المجلس أی لم یتفرقا، إجماعا منا بقسمیه، و نصوصا مستفیضه أو متواتره. منها

- قول الصادق علیه السلام فی صحیح ابن مسلم و صحیح زراره(۱)عن رسول الله صلی الله علیه و آله «البیعان بالخیار حتی یفترقا»

و

قوله علیه السلام فی صحیح الفضیل (۲)لما قال له ما الشرط فی غیر الحیوان: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما»

و

فی صحیح الحلبی (۳)«أیما رجل اشتری بیعا فهما بالخیار حتی یفترقا فإذا افترقا وجب البیع»

و

فی صحیح عمر بن یزید(۴)«قال رسول الله صلی الله علیه و آله: إذا التاجران صدقا بورک لهما و إذا کذبا و خانا لم یبارک لهما و هما بالخیار ما لم یفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعه أو یتتارکا»

إلی غیر ذلک من النصوص التی لا بأس بدعوی تواترها.

ف

ما فی خبر غیاث (۵)عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام «قال: قال: إذا صفق الرجل علی البیع فقد وجب و إن لم یفترقا»

مطرح أو محمول علی اشتراط السقوط. أو علی إراده حصول الملک، أو علی الافتراق البعید، أو غیر ذلک، و الأجود حمله علی التقیه من أبی حنیفه و أتباعه فی هذه الفتوی الملعونه التی أقدم فیها علی خلاف رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و آله علی علم منه، و لذا عدت فی مطاعنه، و إطلاق النص و الفتوی شامل لکل من المالکین، و من فی حکمهما و الوکیلین و المختلفین بل فی الریاض ثبوته للمتبایعین سواء کان العقد لهما أو لغیرهما أو علی

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخیار الحدیث ۱ و ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب ۱- من أبواب الخیار الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب ۱- من أبواب الخیار الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱- من أبواب الخيار الحديث ۶.

۵- ۵ الوسائل الباب ۱- من أبواب الخيار الحديث ۷.

التفريق على بعض الوجوه بالإجماع القطعى، و المستفيض الحكايه، و إن كان فيه نوع مناقشه، إلا أن الوجه فى ذلك واضح للصدق، سواء قلنا بأن البيع هو الصيغه، أو النقل، أو الانتقال، فالبايعان المتلبسان بالصيغه، أو الناقلان، أو موجدا سبب الانتقال، و الكل صادق على الكل فثبوته حينئذ للوكيلين من الشرع باعتبار الصدق المزبور و التبعيه، كما صرح به فى الحدائق، لا من نص الموكل و إذنه فيه، بل قد يتوقف فى ثبوته لهما مع حضورهما معهما، لعدم الصدق إلا توسعا، و لذا يقال عند التحقيق: ما باعا و إنما باع و كيلهما، بل مال إليه فى الحدائق اللهم الا أن يدعى ثبوت الخيار لهما باعتبار كونه حقا

متعلقا فى مالهما فيتبعه فى الانتقال إليهما، الا أن ذلك لا ينافى ثبوته للوكيلين مع ذلك، و مال إليه فى المسالك و المحكى عن التذكره، بل لعل مدته حينئذ افتراق الوكيلين لا افتراقهما الذى لم يجعل غايه فى شى ء من النصوص بعد فرض كونهما غير بيعين، و ليس هذا اختلافا بين الضمير و مرجعه، إذ ليس ثبوت الخيار لهما من الخبر المزبور كى يرد ذلك، بل لما قلناه و هو يقتضى فرعيته على ما للوكيلين فيتبعه حينئذ فتأمل هذا.

و لكن فى المسالك بعد اعترافه أن إطلاق المتن يقتضى التعميم المزبور و أن العرف يشهد على الصدق المذكور فى الوكيلين قال: «لكن الحكم فى المالكين واضح، و أما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ. فينتفى الحكم عنهما، و ان وكلهما فيه، فان كان قبل العقد بنى على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه حينئذ أم لا و سيأتى فى بابه إنشاء الله فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك أيضا، و ان جوزناه، أو كان التوكيل فيه بعد العقد فى المجلس كان لهما الخيار ما لم يفترقا، عملا بإطلاق الخبر، و هل يثبت مع ذلك للموكلين إذا حضرا

المجلس قيـل: نعم لأـن الخيـار لهما بالأصاله، و لأنهما بيعان عرفا، إذ يصـدق على البائع عرفا أنه باع متاعه إذا كان قـد وكل فى بيعه و بـاعه الوكيل، و كـذا المشترى، و يحتمل العـدم لأنهما ليسا بائعين بمعنى موقعى الصـيغه، و لا ناقلين للملك إنما أوقعها و نقله الوكيلاـن، و يحتمـل أن لاـ يكون الخيـار إلاـ لهمـا لأنهمـا المالكـان حقيقه المسـتحقان للخيار إذ الأصل فى الوكيلين ان لا يستحقان خيـارا، و لا يتناولهما الخبر ثم على تقـدير ثبوت الخيار للجميع أو للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيلين أم المالكين أم الجميع كـل محتمـل، و يشـكل بسـبب ضـمير تفرقـا فى بعض الموارد، و من ثم قيـل: ان المراد بهما المالكان و الضـمير لهما، و دخول الوكيلين فى الحكم بـأمر خـارج، و الوجه ثبوته لكـل واحـد منهمـا و اعتبار تفرق كل فى خيار نفسه لا فى خيار الأخر، و المسـأله من المشـكلات» و كـأنه أشـار بقوله أخيرا قيـل: إلى مـا فى جامع المقاصـد فى مسأله ثبوت الخيار مع اتحاد الموجب و القابل.

قال: «و الذى يجب أن يحقق فى معنى الحديث أن البيعين ان أريد بهما العاقدان لأنفسـهما لم يعم الوكيلين و لا الموكلين، و إن أريـد بهما مالك المبيع و مالك الثمن لم يطابق أول الحـديث إلا إذا كان المالكان هما العاقدين لأن قوله ما لم يفترقا لا يصدق فى المالكين إذا كان العاقـد غيرهما، لانه يصـير معناه حينئذ البيعان بالخيار ما لـم يفترق المتعاقدان. و هو غير ظاهر، إلا أن يدعى وجود القرينه الـداله على مرجع هـذا الضـمير و هى ذكر الافتراق المقتضـى بسـبق الاجتماع للعقد، أو يقال: ان الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين لأنه الغالب، و حكم ما إذا كان العاقد و كيلا هما يسـتفاد من أمر خارج» قلت: قد يصـعب إقامه دليل معتبر على ثبوته للوكيلين صالح لقطع أصاله اللزوم مع فرض عدم إرادتهما من لفظ الحديث، و لذا قال

فى الحدائق: ما سمعت، و مقتضاه أن لا يحتاج معه إلى نص الموكل بل لا عبره بمنعه فى وجه، و لا يخفى عليك ما فى قوله و إن جوزناه إلخ، ضروره أنه إذا كان مستند خيارهما التوكيل لا لفظ الحديث لم يتجه تأجيله بالافتراق الذى هو أجل للخيار الشرعى الثابت للبيعين، و لا- فرق بين توكيلهما و توكيل أجنبى. اللهم إلا أن يدعى كون المراد أن البيعين بالخيار و لو من اذن الموكل ما لم يفترقا. و هو كما ترى، و ما تسمعه فى آخر المبحث، و من الغريب قوله و هل يثبت مع ذلك الى آخره إذا كان المراد باسم الإشاره ما ذكره من صورتى ثبوت الخيار لهما. تجويز التوكيل قبل العقد أو فرض وقوعه بعده، إذ لا وجه حينئذ لاحتمال عدم الخيار لهما، بعد أن كان التوكيل فيه مقتضيا لثبوته لهما، و الوكاله فى شى ء لا تزيل تسلط الموكل، و كذا لا وجه لعدم الخيار للوكيلين مع فرض أنهما قد وكلا فيه، بل لا وجه لجميع ما ما ذكره بعد ذلك، و يمكن أن يريد باسم الإشاره ما ذكره أولا- من اقتضاء الإطلاق ثبوته للوكيلين، و يكون الاحتمالات حينئذ لحال اجتماع حضور المالكين معهما خاصه، لا إذا لم يجتمعا، فان الخيار للوكيلين حينئذ على مقتضى الإطلاق المزبور، أو يقال: ان المراد ثبوت الخيار لهما من حيث حضورهما مضافا إلى ثبوته لهما من جهه عقد الوكيلين، فيكون لهما الخيار من جهتين إحداهما من حيث اجتماع الوكيلين، و يبطله تفرقهما، و الثانيه من جهه حضورهما، و يبطله تفرقهما دون الوكيلين، بل الظاهر أن مراده ذلك و إن كان فيه ما فيه، و لا يخفى عليك أيضا ما فى قوله ثم إلخ؛ كقوله و الوجه مع ما سلف، و بالجمله كلامه أشكل من المسأله، هذا كله. و لكن الإنصاف- إن لم يكن إجماع- عدم ثبوته للوكيلين إلا بالتوكيل فيه لا أصاله، و الخبر حينئذ إنما هو فى البيعين الموجب اجتماعهما فيه فى

مجلس العقـد للخيـار و تفرقهما سـقوطه، و ثبوته للمالكين فى عقـد الوكيلين إنما هو لما دل من تنزيل عباره الوكيل منزله عباره الموكـل المقتضـى ثبوت الخيار للموكلين، اجراء لحكم عقـدهما على العقـد من وكيلهما بالتنزيل المزبور، و لكن يسـقطه تفرق الوكيلين باعتبـار ظهور دليـل الخيار فى اعتبار دوام مجلس العقـد، سواء كان منهما أو من وكيلهما، و مع تفرق الوكيلين لم يثبت الخيـار باعتبـار فوات مجلس العقـد الـذى لا دليل على تنزيل مجلس الموكل منزلته، كى يكون المـدار عليه لا على مجلس عقد الوكيلين، فـان عمومـات الوكـاله لاـ تقتضـى ذلـك، و حينئـذ فلا اختلاف فى مرجع الضـمير فى البيعين بعـد أن كان مورده غير الوكيلين، و إنمـا ثبت الخيـار للموكلين فى بيعهمـا من الطريق الـذى ذكرنـا لاـ من الخبر، أو يقال ان المراد بكون البيعين بالخيار كونهما مع الخيار، و إن كان ثبوته لمن له العقـد، بل لو أريد كونه لهما كان نحو قولهم الخيار فى الحيوان للمشترى مثلا الشامل للوكيـل مع أن من المعلوم كونه للموكل، كما هو واضـح، و حينئـذ فلا يكون اختلاف بين الضـمير و مرجعه و على تقـديره فهو للقرينه.

و من ذلك يظهر لك الوجه فيما سمعته من كلام جامع المقاصد فلا حظ و تأمل و تدبر.

فـان ذلك هو التحقيق الـذى لا ينبغى المحيص عنه فى المسأله، و حاصـله ثبوته للمالكين فى عقـد الوكيلين حضـرا معهما أو لم يحضـرا، و يسـقطه تفرق الوكيلين؛ نعم لو كانا وكيلين على مجرد إجراء الصـيغه، و قلنا بصـحته. و كان الأصليان حاضرين أمكن كون المـدار على تفرقهما دون الوكيلين، لصـدق البيعين عليهما دونهما، و يحتمل كونه كالأول لكون الوكاله فيه مشـتمله أيضـا على إنشاء النقل و قصده، فهما كالمستقلين

من هـذه الجهه، و أمـا الوليـان فالخيـار للمولى عليه أيضـا و لكن للوليين النظر فيه، لعموم الولاـيه، و كيف كـان فالفضوليـان غير بـائعين بناء على ما هو التحقيق من أنه النقل، سواء قلنا بأن الإجازه كاشـفه، أو ناقله فلا خيار فى عقـدهما حينئـذ، نعم قـد يحتمل خصوصـا على النقـل دوران ثبوته على مجلس الإجازه إذا فرض اجتماعهما فيه، و يحتمل سـقوط الخيار هنا من أصـله، و يحتمل كونهما كالوكيلين لأنهما ناقلان أيضا و إن كان مشروطا بالرضا و لا يخلو من قوه.

و على كـل حال ف لو ضـرب بينهما حائل أو حفر نهر لا يتخطى أو نحو ذلك مع بقائهما على حال العقـد لم يبطل الخيار قطعا، لعـدم صدق التفرق به سواء كان غليظا أو رقيقا ثوبا أو جدارا من طين أو جص، بلا خلاف أجده بيننا بل و بين غيرنا، عدا ما فى التـذكره عن الشافعيه فى الأخير قولان: أصـحهما عـدم السـقوط، قال: و الحقه الجوينى بما إذا حمل أحـدهما و أخرج، لكن فى المسالك انه نبه المصنف بما ذكره على خلاف بعض العامه حيث أبطله و لعله يريد ما سمعت و الأمر سهل.

و كـذا لم يبطـل لو أكرهـا معا على التفرق باختيارهما أم لا، بلا خلاف أجـده، بل فى الغنيمه و عن تعليق الشـرائع الإجماع عليه، للأصـل بعـد تبـادر الاختيـار من النصوص، و لـذا يصـح فى التحقيق أن يقـال لم يفترقـا، و لكن فرقا، معتضـدا بأنه شـرع للإرفاق المفقود مع الإجبـار، و بما فى صـحيح الفضـيل السابق (۱)من الاشـعار، بـل لو أريـد منه بعـد الرضا منهما بالافتراق كان نصا فى المطلوب، و بغير ذلـک فما عساه يظهر من بعض متأخرى المتأخرين من نوع توقف فيه فى غير محله؛ سـيما إذا كان الإكراه رافعا للاختيار من رأسه.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخيار الحديث ۳.

نعم قد اشترط جماعه بما إذا لم يتمكنا مع ذلک من التخاير أی اختيار الفسخ أو العمل علی مقتضی الخيار، بأن سد أفواههما أو هدد عليه، بل صرح فی الروضه و غيرها بلزوم العقد مع تمکنهما منه و لم يختارا و إن أکرها علی التفرق، و فيه ان ترک اختيار الفسخ مع التمکن منه بعد الإکراه علی الافتراق الذی نزله الشارع منه منزله العدم بالنسبه إلی الإسقاط کالسکوت فی المجلس- لا دلاله فيه عليه- و لا وضع شرعا له کما هو واضح، و لو أکره أحدهما علی المفارقه فإن أکره الأخر علی المکث کانا معا مکرهين، و إلا فقد يظهر من تعليق عدم البطلان فی المتن و المحکی عن الشيخ و غيرهما علی إکراههما معا البطلان فيه حتی فی حق المکره.

و مثله لو حبس أحدهما و فارقه الأخر اختيارا، و لعله لما تعرف من سقوطه فی حال الاختيار بتخطی أحدهما عن الأخر و هو موجود فی الفرض، فلا يقدح اکراه الثانی، و فيه صدق المفارقه باختيارهما معا فی الأول، و إن کان المتخطی واحدا و الأخر اختار المکث علی المصاحبه، کما أن الأول اختار التخطی علی المکث مع صاحبه، بخلاف ما نحن فيه الذی يمکن لو لا الإکراه لجلس معه فی الأول و صاحبه فی الثانی، و المدار فی السقوط التفرق المستند إلی اختيارهما معا، لأنه المتبادر من النصوص، حتی صحيح فضيل السابق، و الموافق لأصاله بقاء الخيار، بل قيل: أنه مقتضی إجماع الغنيه، المعتضد بفتوی جماعه منهم الشهيد الثانی و المحقق الثانی فی الروضه و جامع المقاصد بل لم أقف علی الفتوی صريحا فی الاکتفاء بذلک، فيما عدا القواعد قال: «و لو حمل أحدهما و منع من الاختيار لم يسقط خياره علی إشکال. أما الثابت فان منع من التخاير أو المصاحبه لم يسقط، و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول» و فيه- مع منافاه إشکاله هنا لما جزم به

قبل ذلک من بقاء الخيار لو أكرها على التفرق- بل و لما جزم به أيضا فى الثابت لأن التفرق إن كان صادقا سقط خيارهما معا و إن انتفى أو شک فيه فهو کذلک فيهما- انک قد عرفت عدم السقوط فيهما فى الأخير فضلا عن سابقه لعدم تحقق التفرق المستند إلى اختيارهما معا و هو المدار كما عرفت، و منه يعلم ضعف احتمال بقاء خيار المكره خاصه، و إن كان هو أقوى مما استقر به، بل هو ظاهره أو صريحه فى التذكره فلاحظ و تأمل، و لو زال الإكراه ففى فوريه الخيار و تراخيه إلى حصول الافتراق قولان، أقواهما الثانى، للأصل و لأن خيار المجلس موضوع على التراخى و هذا منه أو بدل عنه، بل إن لم يقم إجماع على أن غايه الافتراق بعد الزوال، أمكن القول ببقائه مطلقا فى بعض الصور التى لم يبق معها بعد الزوال صدق الافتراق فيكون الخيار حينئذ ثابتا بقوله البيعان إلخ، و لم تحصل الغايه حال إمكانها و بعد الإكراه لم يبق لها مصداق فتأمل جيدا.

و لو زال الإكراه و هو مار ففى التذكره انقطع خياره ببقائه سائرا قال:

«و ليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الأخر إن طال الزمان، و إن لم يطل ففيه احتمال عند الجوينى» قلت: لا ريب فى ضعفه لعدم الدليل على الوجوب فى الفرض، كما أنه لا دليل على تحرى الأقصر لو أراد العود، و لا تضر مفارقته مجلس الزوال له، فمن التأمل فيما ذكرنا يظهر لک الحال فى كثير من الفروع المتصوره فى المقام منها- ما لو تناديا بالبيع فى سفينتين مثلا ففرقتهما الريح التى لا يتمكنان من الاصطحاب معها، فان الظاهر كما فى جامع المقاصد عدم السقوط أيضا كالإكراه، بل قال: «لو دهشا فلم يختارا حينئذ ففى السقوط نظر و الله أعلم».

و كذا يسقط الخيار باشتراط سقوطه منهما أو من أحدهما بلا خلاف أجده فيه، بل فى الغنيه الإجماع عليه لأصاله اللزوم مع الشک فى تناول

الأدله له، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود(۱)و

صحیح «المؤمنون عند شروطهم»(۲)

الذی هو أرجح مما دل علی الخیار من وجوه فیحکم علیه و إن کان التعارض من وجه، و لیس الخیار من مقتضی العقد، بل هو مقتضی إطلاقه، بل قد یقال: إنه لیس من مقتضیاته أصلا، بل هو حکم شرعی ثبت للعاقدین علی انه أولی من اشتراط الخیار فی العقد، و المراد من المتن

و غیره مما عد فیه ذلک أحد الأمور الأربعه المسقطه للخیار سقوطه بنفس الشرط، لا اشتراط الإسقاط الذی یحصل بأحد مسقطاته، إذ لیس هو حینئذ إسقاطا بالشرط، بل أقصاه استحقاق الاسقاط علیه، فان لم یف له به تسلط علی الخیار کباقی الشرائط، و لیس مما نحن فیه، کما أن اشتراطه بالمعنی الذی ذکرناه أولا لا یرجع إلی نفی استحقاق ثبوت الخیار شرعا کی یکون باطلا، بل مرجعه إلی إیجاب اختیار لزوم العقد علیه، فمع قبوله کذلک لا بأس به، و عدم حصوله إلا بعد تمام العقد لا ینافی اشتراط سقوطه عند حصول سببه، فما عن بعض الشافعیه من عدم صحه هذا الشرط کخیار الشفعه لا ریب فی بطلانه.

کل ذلک مع الشرط فی العقد أما قبله فلا یلزم کغیره من الشروط الخارجیه، للأصل، بعد القطع بعدم ارادته من

قوله: «المؤمنون عند شروطهم»

لأن المراد منه ما یلتزمونه بالملزم الشرعی و إلا لوجب الوفاء بکل کلام یقع بینهم من الوعد و غیره، و هو معلوم البطلان، قیل: و إلیه أومأ فی جمله من النصوص (۳)فی النکاح التی هی بفحواها أو عمومها شاهده علی المقام أیضا خلافا لظاهر المحکی عن الخلاف و الجواهر فأوجبه به. و هو ممکن التنزیل

۱- ۱ سوره المائده الآیه ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۳۳ من أبواب المتعه و ۲۰ من أبواب المهور.

على صوره بناء العقد عليه لا ما إذا وقع سابقا من دون بناء.

و من الغريب ما فى الرياض من أن قول الشيخ غير بعيد، لو لا نصوص النكاح، للشك فى شمول دليل الخيار، إذ فيه أنه لا شك بعد القطع بصدق البيعين عليهما، و الدليل غير منحصر فى المتيقن كما هو واضح و الله أعلم و كذا يسقط الخيار بمفارقه كل منهما صاحبه إجماعا بقسميه و نصوصا مستفيضه أو متواتره(۱)و تحصل ببعد أحدهما عن صاحبه و لو بخطوه بلا خلاف يعتد به أجده فيه، لعدم تحديدها بالشرع فيكتفى بمسماها المتحقق بالخطوه قطعا، بل هى فى كلامهم مثال لمطلق البعد بينهما زائدا على ما كان حال العقد، و لا ينافى ذلك صحيح الخطى (۲)الذى لا يأتى حصوله بما دونها.

بل قد يستفاد منه اراده المعنى اللغوى من الافتراق، بناء على أن له معنى عرفيا لا يتحقق بالخطوه و نحوها بل فى الرياض «لو لا المعتبره المستفيضه التى منها الصحيح المزبور، لأشكل إثبات اللزوم و سقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوه بإطلاق مفهوم نصوص الافتراق، لاختصاصها بحكم التبادر فى الافتراق المعتد به الغير الصادق على الافتراق بنحو الخطوه عرفا و عاده» و إن كان قد يناقش فيه بمنع عدم الصدق عليه عند التحقيق لا التوسع المبنى على تنزيل القليل منزله العدم، بل الشك كاف لأصاله عدم النقل إلى معنى جديد، و بأنه لا تعرض فى المعتبره للخطوه إذ فى

صحيح الحلبى (۳)عن الصادق عليه السلام «ان أباه اشترى أرضا يقال لها العريض فلما استوجبها قام فمضى فقال له:

يا أبه لم عجلت؟ فأجابه بأنى أردت أن يجب البيع»

و نحوه غيره و لا دلاله فيه على أنه كان خطوه أو أكثر و لا إطلاق فيه، نعم فى

صحيح ابن مسلم(۴)

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب الخيار الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲ من أبواب الخيار الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۲ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۲ من أبواب الخيار الحديث ۳.

عن الباقر علیه السلام «بایعت رجلا فلما بایعته قمت فمشیت خطأ ثم رجعت إلی مجلسی لیجب البیع حین افترقنا»

، و هو مع أنه لیس فیه خطوه، حکایه فعل لا إطلاق فیه و لم یعلم حاله، فالعمده حینئذ ما ذکرنا معتضدا بفتوی الأصحاب، و ببعض ما یستفاد منه المراد بالمجلس من نصوص الصرف (۱)فلاحظ و تأمل.

و علی کل حال فظاهر النص و الفتوی عدم اعتبار قصد الاسقاط بالافتراق فلا فرق فیه بین حصوله من الجاهلین أو العالمین أو المختلفین، و لا- بین الناسیین للبیع أو الخیار و غیرهما، و لا بین الافتراق له أو لغرض آخر، و فعل الباقر علیه السلام لا یقتضی حصر الاسقاط به، فما عساه یتوهم من عباره الحدائق من اعتبار ذلک فی غیر محله، و منه یعلم أنه لا- یعتبر دلالته عرفا علی الرضا، و إن کان قد یتوهم من صحیح الفضیل (۲)نعم صریح

الصحاح المزبوره حصول افتراقهما بما ذکرناه من انتقال الواحد؛ و لا یشترط ذلک منهما کما أوضحناه فیما تقدم، و کذا لا فرق عندنا بین قرب المکانین و بعدهما، حتی لو تساویا من مکان بعید اعتبر التفرق من مکانهما لسقوط الخیار؛ و عن بعض العامه إسقاطه لمقارنه المسقط و لا ریب فی سقوطه، أما إذا لم یحصل مسماه کما لو مشیا مصطحبین أو تقاربا أو نحو ذلک لم یسقط الخیار، و لو هرب أحدهما ففارق الأخر و لو بخطوه اختیارا، عالمین أو جاهلین أو مختلفین، ففی القواعد و جامع المقاصد السقوط أیضا، بل فی الأخیر و إن فعل ذلک حیله فی لزوم العقد، و هو لا یخلو من نظر إذا لم یحصل صدق التفرق باختیارهما، و الله أعلم.

و کذا یسقط الخیار فی العقد بإیجابهما أباه أو أحدهما و رضا

۱- ۱ الوسائل- الباب ۲- من أبواب الصرف الحدیث ۱ و ۳ و ۸.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

الآخر و هو المسمى بالتخاير، و صورته أن يقولا اخترنا العقد أو ألزمناه أو أسقطنا الخيار أو نحو ذلك، مما يدل على اختيار لزوم العقد و الرضا به، و لا يختص به، بل كل ما دل على الرضا فهو كاف، و لذا لزم بالإيجاب من أحدهما مع رضا الأخر، و على كل حال فالسقوط بذلك مما لا خلاف فيه، بل في الغنيه و التذكره و محكى الخلاف الإجماع عليه، بل و لا إشكال، ضروره معلوميه كون الخيار مما يسقط بالإسقاط، و أن المدار في لزوم العقد على ما يدل على الرضا من الأفعال، فضلا عن الأقوال، كما أومأ إليه في صحيح الفضيل و بعض نصوص خيار الحيوان (۱)و غيره، و لما قيل من أن فسخ اللازم بالتقابل يقتضي لزوم الجائز بالتخاير، و لأنه سقط بالافتراق، لدلالته على الرضاء، و التخاير صريح فيه، و إن كان فيه نوع تأمل، و فحوى

خبر السكوني (۲)عن الصادق عليه السلام «أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا شرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه فقال: ليشهد أنه قد رضيه أو استوجبه، ثم ليبعه إن شاء فإن أقام في السوق و لم يبع فقد وجب عليه»

و نحوه خبر الحلبي و الشحام (۳)لكن في الحدائق «و لقائل أن يقول ان ذلك لا يزيد على ما يقتضيه العقد من اللزوم، و أقصاه التأكيد، و نصوص الخيار مطلقا شامله للعقد المؤكد و غيره، ضروره صدق عدم الافتراق معه و هو مدار بقاء الخيار، إلا أن يقال ان هذه الألفاظ في قوه اشتراط سقوط الخيار فيرجع إليه» و هو من غرائب الكلام إذ الفرق بينه و بين الشرط في متن العقد واضح، كوضوح أن المراد به ما دل على إسقاط الخيار لا ما دل على أصل

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ و ۴ من أبواب الخيار.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۲- من أبواب الخيار الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۲- من أبواب الخيار الحديث ۲ و ۳.

وقوع العقد الذی مقتضاه اللزوم.

و لو التزم أحدهما به سقط خیاره لما عرفت دون صاحبه لأصاله بقائه، و عدم ارتباط أحدهما بالآخر، و کونهما بالتفرق کذلک بناء علی ما قلناه لا یقتضی مساواه غیره له کما هو واضح، و التثنیه فی ثبوت الخیار لهما بعد معلومیه إراده ثبوته لکل منهما کما أومأ إلیه فی صحیح الفضیل المتضمن رضاهما معا، لا یقتضی الارتباط.

و لو خیر أحدهما الآخر بأن قال له: اختر فسکت فخیار الساکت باق إجماعا، للأصل و إطلاق الأدله، و السکوت أعم من الرضا، نعم لو اقترن بما یدل علیه سقط کما ستعرف، و کذا خیار الآخر لأن أمره بالخیار لخصوص المأمور أو لهما معا لا یدل علی إسقاط خیار نفسه بإحدی الدلالات، و قیل فیه و لکن لم نعرف القائل و إن نسب إلی الشیخ إلا أن المحکی عن مبسوطه و خلافه خلاف الحکایه یسقط

للنبوی (۱)«البیعان بالخیار ما لم یفترقا أو یقل لصاحبه اختر»

و الأول أشبه لما عرفت؛ و عدم ثبوت هذه الزیاده من طرقنا، مع أن مقتضاها سقوط خیارهما معا، و لعله لذا حملها فی المختلف علی ما إذا خیره فاختار اللزوم، لکن فی الحدائق «إن فیه ما لا یخفی، لأن محل الکلام إنما هو المخیر بصیغه اسم الفاعل و ان تخییره لصاحبه یدل علی اختیاره الإمساک و ظاهر کلامه ان الذی اختار إنما هو المخیر بصیغه اسم المفعول، و هو لیس محل البحث» و فیه أنه صرح الشیخ و ابن زهره و العلامه و الشهید و غیرهم علی ما حکی عن البعض بأنه

لو قال أحدهما لصاحبه اختر فاختار الإمضاء بطل الخیاران، أما لو سکت فهو ما نحن فیه، بل قد استدل بعض الأساطین للسقوط بأنه ملک

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

صاحبه ما ملکه من الخیار، و إن کان فیه منع دلاله التخییر علی التملیک، و لو قصد سقط خیاره، کما صرح به فی التذکره و إن سکت المخیر بالفتح کما أنه لا یسقط و إن أمضی المأمور إذا کان القصد الاستکشاف، أما إذا قصد التفویض سقط مع الإمضاء، دون السکوت، قیل: و هو الظاهر من التخییر، و لذا فرقوا بین السکوت و الإمضاء، و لو سلم عدم الظهور فهو أعم من التملیک قطعا، فلا یحکم بالسقوط بمجرده، و لو صرح بالمتعلق فان قال: اختر الإمضاء فالحکم کما لو أطلق، و لو قال: اختر الفسخ فخیار الأخر باق و إن أمضی المخیر، و ظاهر الدروس سقوطه و هو بعید.

ثم إنه قد یظهر من اقتصار المصنف و غیره علی ما ذکر من المسقطات عدم سقوطه بغیر ذلک حتی التصرف، بل هو کالصریح منه فیما یأتی، بل قصره فی الغنیه و المحکی عن المبسوط و ابنی سعید و إدریس فی موضع من السرائر علی التفرق و التخایر، بل عن جماعه قصره علی الأول، لکن صرح جماعه من المتأخرین- بل الظاهر عدم الخلاف فیه بینهم کما اعترف به بعض الأساطین- بسقوط خیار المشتری بالتصرف فی المبیع، بل حکاه بعضهم عن خلاف الشیخ، و الکافی و الجواهر و السرائر أیضا، بل عن الأول انه نقل إجماع الفرقه علی أن المشتری متی تصرف فی المبیع سقط خیاره، قال: و ورد الاخبار به عنهم علیهم السلام مشیرا بذلک إلی ما أورده فی کتاب الحدیث، إلا أنه لم نجد ما یدل علی ابطال التصرف لمطلق الخیار بعد الإجماع المزبور المؤید بتخصیص الأصحاب خیار الغبن بالبقاء مع التصرف من بین الخیارات، مع احتمال إرادتهم فیه أیضا ما قبل ظهور الغبن و ثبوت الخیار، فلا تخصیص حینئذ لذلک إلا ما قیل من التعلیل بالرضا المستفاد من صحیح الفضیل السابق (۱)و صحیح ابن رئاب فی خیار الحیوان (۲)، و فیه فان أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثه فذلک رضا منه فلا شرط له، و منه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

یظهر الوجه فی سقوط خیار البائع لو تصرف بالثمن المعین، للاشتراک بالعله و هی الدلاله علی الرضا بالبیع.

أما ما ذکروه فیما لو انعکس الأمر- فتصرف البائع فی المبیع أو المشتری فی الثمن- من أنه یکون فسخا، و یبطل به الخیاران- بل فی الغنیه نفی الخلاف عنه- فلا أجد له دلیلا سوی دعوی دلاله التصرف علیه، و لا ریب فیه ان تمت الدلاله و لو بمعونه قرینه، و إلا فهو محل مناقشه کما فی الریاض «لمنع الدلاله مع أعمیه التصرف من الفسخ و غیره، فیحتمل السهو و الغفله فإن تم إجماع علی الإطلاق، و إلا فالمسأله محل ریبه، لأصاله بقاء صحه المعامله و الخیار فیها» قلت: بل ان لم یتم

إجماع علی الأول، أی اللزوم بالتصرف کان محلا للنظر، إذ دعوی دلالته علیه عرفا مطلقا محل منع؛ خصوصا و قد یصدر منه التصرف مع الغفله عن البیع أو الخیار أو نحو ذلک.

نعم یمکن دعوی وضع ذلک للدلاله شرعا و تعمیمه لما نحن فیه، إلا أنه إن لم یحصل إجماع کما تری، بل قد یناقش فی الدال منه عرفا إذا لم تکن دلالته رافعه لاحتمال عدم اراده الفسخ، بناء علی اعتبار خصوص الظاهر من الأقوال فی أمثال ذلک لا الأعم منها و الافعال.

و علی کل حال فهل المدار علی حصول الدال علی الرضا باللزوم أو الفسخ، أو یکفی حصول ذلک فی النفس و إن لم یصدر منه ما یدل، علیه فیحرم علیه فیما بینه و بین ربه العمل علی خلاف ما وقع فیها، ظاهر الأصحاب الأول؛ و یؤیده الاستصحاب، و قد یظهر من بعض النصوص (۱)الثانی.

و کذا لا خیار للبائع و المشتری فی شراء من ینعتق علی المشتری، کما صرح به جماعه، بل فی الحدائق انه المشهور، لدخوله فی ملک المشتری

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب الخیار الحدیث ۴.

بنفس العقد، فينعتق بمجرد الملك، و العتق لا يقع متزلزلا. و الحر لا يعود رقا، و

فى الصحيح (۱)«فيمن ينعتق من الرجال و النساء انهم إذا ملكوا أعتقوا، و انهم إذا ملكن أعتقن»

بل فى كثير من النصوص و العبارات نفى الملك، و حقيقه النفى و أقرب مجازاته ينفيان الخيار.

نعم يثبت على القول بانتقال المبيع بعده، إذ لا مانع فيه، و هو خلاف التحقيق كما ستعرف، و احتمل فى الدروس ثبوته للبائع، لسبق تعلق حقه فيقف العتق على التفرق، أو يثبت الخيار فى القيمه دون العين، جمعا بين الحقين و تنزيلا لها منزله التلف الذى لا يمنع الخيار، بل فى الحدائق «التوقف فى سقوط خيار المشترى، فضلا عن البائع، لأن التعارض بين ما دل على العتق و على الخيار، تعارض العموم من وجه و لا ترجيح» و لا ريب فى بعد الجميع خصوصا مع علم البائع، و دعوى تقدم حقه ممنوعه، فإن الخيار بعد الملك كالعتق، و هو مبنى على التغليب و أدلته أنص على هذا المورد من أدله الخيار، و معتضده بالشهره، فيترجح عليها و تخصص بها، و القيمه بدل العين، فيمتنع استحقاقها دون المبدل.

نعم لو تصرف المشترى فيه بالعتق اختيارا سقط حقه قطعا، بناء على ما عرفت، أما البائع فالظاهر بقاء خياره لسبق حقه، إلا أنه يقوى فى خصوص العتق الانتقال إلى القيمه، لما عرفت من عدم التزلزل فيه، و دعوى عدم عود الحر رقا، اللهم إلا أن يدعى توقف نفوذ العتق على انقضاء خيار البائع، و

هو مناف لإطلاق ما دل على حصوله بإجراء الصيغه على الملك، لكن فى المسالك الإشكال فى صحه سائر تصرفات المشترى الناقله مع خيار البائع، و ربما يأتى للمسأله تتمه فى المباحث الاتيه إنشاء الله، و لو اشترى العبد نفسه بناء على جوازه كالكتابه فكا لانعتاق

۱- ۱ الوسائل الباب ۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱.

عنـد الفاضـل، و فى جامع المقاصـد «ان مثلهما لو كان المبيع جمـدا فى زمان الحر، لانه يـذوب شـيئا فشـيئا إلا أن يقال التلف لا يسقط الخيار» قلت: و هو كذلك و الله اعلم.

و لو كان العاقد واحدا عن اثنين هو أحدهما أو غيرهما كالأب أو الجد أو الوصى لطفلين، كان الخيار ثابتا ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم به عنهمـا بعـد العقـد. أو يفـارق المجلس الـذى عقـد فيه على قول لم نعرف قائله قبل المصـنف؛ نعم صـرح بالخيار فى الفرض جماعه من الأصـحاب، بل لا أجـد فيه خلافا بيننا، و إن حكى الفاضل قولا بالسـقوط، إلا أن الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين كونه من العامه، نعم احتمله بعض أصـحابنا أو مال إليه، بل فى الحـدائق «انه الأقرب، لقاعده اللزوم، و الشك فى ثبوت الخيـار فى الفرض، إن لم يكن ظـاهر الأـدله خلاـفه» و فيه انه يمكن ان يكـون دليله- بعـد الإجمـاع فى الغنيه. على دخول خيـار المجلس كل بيع، معتضدا بالشـهره العظيمه فى المقام، و ظاهر الأصـحاب فى بيان محله التنقيح، لأن المقتضـى له فى التعدد- هو البيع، و قـد وجد فى الواحد، و النص و إن كان ظاهره التعدد، إلا انه بوروده مورد الغالب؛ و ظهور اراده قصد التنصـيص به على الاـشتراك، و التوطئه لـذكر التفرق، يضـعف اراده اعتبـار ذلـك فى الخيار، و لو اثر فيه، لأثر فى غيره مما ابتنى عليه، فيسـقط مع الاتحـاد أكثر الاحكـام، و هو معلوم العـدم، فيكون الظـاهر من تعليق الخيـار بـالبيع فى قوله «البيعان» هو ثبوته لهما من حيث هما بيعـان و يرجع بعـد إسـقاط التثنيه من الحيثيه، لكونهـا فى قوه التكرار بـالعطف إلى ثبوته للبائع من حيث هو بايع، و المشترى من حيث هو كذلك، و العاقد الواحد بايع و مشتر، فيثبت له الخيار بالاعتبارين.

و لا ينافى ذلك

قوله «ما لم يفترقا»

إذا كان المراد من النفى حقيقته التى

هی السلب المطلق، فلا فرق فیه بین المتعدد و المتحد، بل لو أرید منه الملکه أی عدم الافتراق عمن شأنه ذلک، أمکن حینئذ القول بأنه لا یقتضی تخصیص مورد الخیار به، بل أقصاه السقوط بذلک فیما یحصل به من افراده، فلا ینافی ما دل بإطلاقه علی ثبوت الخیار للبائع مثلا، من الخبر المزبور، بعد ما ذکرناه فیه و غیره ک

قول الرضا علیه السلام (۱)فی خبر ابن أسباط «الخیار فی الحیوان ثلاثه أیام للمشتری و فی غیر الحیوان ان یفترقا»

أی الخیار ثابت فی غیر الحیوان إلی أن یفترقا إن کان لطرفیه عاقدان بل قیل: انه قد یتمسک للمطلق بعموم النص، بدعوی إراده الحقیقه من النفی و الحمل للتثنیه علی عموم المجاز، کما ینبه علیه سوق النصوص (۲)و الاقتران بخیار الحیوان فی أکثرها، و العموم فیه معلوم بالنصوص، منها صحیح الفضیل (۳)المتقدم سابقا، و

فی الصحیح (۴)«ما الشرط فی الحیوان؟

فقال: ثلاثه أیام للمشتری، قلت: و ما الشرط فی غیر الحیوان؟ قال:

البیعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما»

الذی هو مع تضمنه لما ذکرنا عم المتحد سؤالا، فینبغی ان یعمه جوابا و تعلیلا، ینشأ من التنبیه علی عله السقوط بالافتراق، فیعمه حکما.

کل ذلک مضافا الی معلومیه بدلیه المتحد عن الاثنین فی سائر الأحکام الثابته للمتبایعین، و الی استبعاد ثبوته لو وکل الولی عن أحد الطفلین ثم عقد معه إذ دعوی السقوط فیه أیضا کما تری، فلا مناص بعد ذلک بل بعضه عما علیه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱- من أبواب الخیار الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ و ۲ من أبواب الخیار.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

۴- ۴ الاستبصار ج ۳ ص ۷۲.

الأصحاب، كما انه لا مناص بعد القول بثبوته، عن القول بعدم سقوطه فى التأخر عن مجلس العقد، للاستصحاب و عدم ما يدل على تنزيله منزله افتراقهما كما هو المشهور بين الأصحاب بل لم يظهر فيه خلاف بينهم.

نعم عن المبسوط كالمتن حكايته، و احتمله العلامه، و يحتمله عباره الدروس على بعد، و عن الصيمرى اعتماده، نظرا إلى ان خيار المجلس يسقط بمفارقته من غير اصطحاب و لا مصاحبه بين الشخص و نفسه، و فيه ان افتراقهما أيضا مستحيل، و المسقط هو الافتراق، و ربما انتصر له بلزوم الضرر، و مخالفه الفرع للأصل، و بإطلاق ما دل على جواز بيع الوكيل ماله من موكله، و مال موكله من نفسه، و لو دام الخيار مع الاتحاد وجب التفصيل، و الضرر يندفع بالاشتراط، و الفسخ و المخالفه مقلوبه؛ ضروره عدم اللزوم بمفارقه المجلس خاصه فى المتبايعين، بل لا بد من افتراق البدنين، و تصرف الوكيل منوط بالمصلحه مطلقا، فان وجدت مع استمرار الخيار، و إلا بطل لهذا الاعتبار.

هذا و لعل اقتصار المصنف على هذين المسقطين، لعدم ذكره التصرف أما غيره ممن ذكره و لم يذكره هنا، فمقتضاه انه لا يحصل به فى المقام باعتبار اشتراك المتصرف، إلا أن يضم إليه قصد التصرف عن أحدهما، و لو جاءا مصطحبين فقال أحدهما: تفرقنا و لزم البيع، و أنكر الأخر، فعلى المدعى البينه، إن لم يطل الوقت، للأصل، بل و إن طال ترجيحا له على الظاهر، و يحتمل العكس، بل قواه فى جامع المقاصد، نظرا إلى شده استبعاد بقاء الشخصين مجتمعين مده طويله، مع كون الاصطحاب منسوبا إليهما معا، حتى لو أراد أحدهما المفارقه احتيج فى منعه الى الالتزام و القبض، و ذلك من الأمور النادره، قال: «و لكن هذا الظاهر يتفاوت قوه و ضعفا بإفراط طول

المده و عدمه» قلت: هو ان لم يصل فى القوه إلى صلاحيه قطع الأصل، يشكل تقديمه عليه، و لو اتفقا على التفرق، و اختلفا فى الفسخ، فالقول قول منكره بيمينه.

و فى القواعد «احتمال تقديم مدعيه، لأنه أعرف بنيته» و هو كما ترى، و لعله يريد ما لو اختلفا فى فعل مدعى الفسخ، مع أن ظاهر جامع المقاصد تقديم قول المنكر فيه، و لو قال أحدهما: تفرقنا قبل الفسخ، و قال الآخر: فسخنا قبل التفرق، احتمل تقديم الأول، لأصاله بقاء العقد، و تقديم الثانى، لأنه يوافقه عليه و يدعى فساده، و الأصل صحته، لأن الفسخ فعله، و أصاله تأخر كل منهما عن الآخر مع جهل التاريخ يقتضى الاقتران، و هو- مع انه خلاف الظاهر، بل و الأصل، كما حقق فى محله و لذا لم يعتبره أحد من الأصحاب يقتضى ترجيح الأخير، لاستصحاب الخيار حتى يتحقق الافتراق فتأمل و الله اعلم.

[القسم الثانى خيار الحيوان]

القسم الثانى خيار الحيوان الذى هو فى الجمله إجماعى. بل ضرورى عند علماء المذهب و الشرط فيه أى الخيار فى الحيوان كله إنسيه و غيره ثلاثه أيام على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه بل فى ظاهر الانتصار و التذكره و المحكى عن الخلاف و التحرير و صريح السرائر الإجماع عليه، لإطلاق النصوص

بـل العموم فی بعض الصـحاح منها؛ و خصوص صـحیح ابن رئاب (۱)و غیره، ممـا تسـمعه خلافا للحلبیین علی ما حکی عن أبی الصـلاح منهما، و ربما یوافقهما ظاهر الشـیخین، و المحکی عن الـدیلمی، حیث حکموا بضـمان البائع مده الاسـتبراء، و لیس إلا لأنها مده الخیار المضمون ما یحدث فیها علی البائع. لأنه لا خیار له، و الحمل علی عدم القبض بعید. بل المفروض فی المقنعه و النهایه. وضع المشتری إیاها عنـد غیره، و هو قبض و إیـداع، بل فیهما، و الوسـیله و محکی المراسم و الجامع ان نفقه تلک المده علی البائع، قیل: و هو یؤذن بذلک، و إلا لوجبت علی المشتری بالملک قبل انقضائها.

قلت: یمکن القول بالضـمان و النفقه مع انقضاء مده الخیار، للأدله کما هو مقتضـی الجمع بین إطلاقهم الثلاثه فی خیار الحیوان، و ذکرهم ذلک، و علی کل حال فلا نعرف له مستندا صالحا لمعارضه إطلاق الأدله و عمومها

فضلا عن خصوصها، إذ إجماع الغنیه- بعد معارضته بمثله، و رجحانه علیه من وجوه- غیر صالح لذلک قطعا کما هو واضح.

و کیف کـان فهـذا الخیـار للمشتری خاصه دون البائع علی الأظهر الأشـهر فتوی و روایه. بل المشـهور شـهره عظیمه فیها، بل فی الغنیه و ظاهر الدروس أو صـریحها الإجماع علیه، بل لا أجد فیه خلافا إلا من المرتضـی فی انتصاره، و المحکی عن ابن طاوس، بل لم نعرف النسبه إلا لاولهما، لقاعده اللزوم المستفاده من الآیه(۲)و الروایه، و خصوص

صحیح ابن رئاب (۳)المروی عن قرب الاسناد

۱- ۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره المائده الآیه ۱.

۳- ۳ ذکر صدره فی الوسائل الباب ۳ من أبواب الخیار الحدیث ۹ و ذیله فی الباب ۴ منها الحدیث ۳.

«سئل الصادق علیه السلام عن رجل اشتری جاریه، لمن الخیار للمشتری أو البائع أو لهما کلیهما؟ فقال: الخیار لمن اشتری، ثلاثه أیـام نظره، فإذا مضت ثلاثه أیام فقـد وجب الشـراء، قلت له: أ رأیت إن قبلها المشتری أو لا مس فقال: إذا قبل أو لا مس أو نظر فیها الی ما یحرم علی غیره فقد انقضی الشرط و لزمته»

الحدیث.

بل و

صحیح الفضـیل [(۱)](#)قـال للصـادق علیه السـلام: «مـا الشـرط فی الحیوان؟ فقـال: ثلاـثه أیـام للمشتری، قلت: و مـا الشـرط فی غیر الحیوان؟ فقال: البیعان بالخیار ما لم یفترقا»

الحـدیث، الـذی یقرب منه فی الصـراحه بالعـدول بالجواب فی غیر الحیوان، و الاقتران باللام المفیده للاختصاص، و ظهور اراده القید من الوقوع فی بیان السؤال، فهو بمنزله ما یذکر فی الحدود و الحصر بتعریف المبتدأ بناء علی أن للمشتری خبرا، أو کالخبر بالنسبه إلی ذلک و نحو

خبر ابن أسباط[(۲)](#)«سمع الرضا علیه السلام یقول: الخیار فی الحیوان ثلاثه أیام للمشتری، و فی غیر الحیوان ان یفترقا»

و إن لم یجتمع فیه جمیع ما ذکرنا، ک

صحیح الحلبی [(۳)](#)«عن الصـادق علیه السـلام فی الحیوان کله شـرط ثلاـثه أیـام للمشتری، و هو بالخیار فیها ان شـرط فیها أو لم یشترط»

، و

صحیـح ابن رئاب [(۴)](#)«عن الصـادق علیه السـلام الشـرط فی الحیوان ثلاـثه أیام للمشتری، اشترط فیها أو لم یشترط، فإن أحـدث المشتری فیما اشتری حـدثا قبل الثلاثه أیام فـذلک رضا منه، فلا شـرط، قیل له: و ما الحدث؟ قال: إن لا مس أو قبل أو نظر منها إلی ما یحرم علیه قبل الشراء»

و

سمع الحسن بن علی بن فضال

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخیار الحدیث ۵.

٣- ٣ الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١.

فی الموثق (۱)«أبا الحسن علی بن موسی الرضا علیه السلام یقول: صاحب الحیوان المشتری بالخیار ثلاثه أیام»

. فمن الغریب ما فی المسالک من الاقتصار فی الاستدلال له علی صحیح الحلبی (۲)و قال: «انه لا یدل علی نفیه عن البائع إلا من حیث المفهوم المخالف و هو ضعیف، فالقول بما علیه المرتضی فی غایه القوه، إن لم یثبت الإجماع علی خلافه» و تبعه فی هذا المیل الکاشانی و هو کما تری، مع انه لم نقف له علی دلیل سوی ما ادعاه من الإجماع الموهون بالتتبع لفتاوی من تقدمه کالمفید و الصدوقین، و من تأخر عنه المعارض بمثله صریحا و ظاهرا، و سوی

صحیح محمد بن مسلم (۳)عن الصادق علیه السلام «المتبایعان بالخیار ثلاثه أیام فی الحیوان، و ما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا»

و

صحیحه الآخر(۴)«عنه أیضا قال رسول الله صلی الله علیه و آله: البیعان بالخیار حتی یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه أیام»

کصحیح زراره(۵)عن الباقر علیه السلام مع أن المراد بصاحب الحیوان فی الأخیرین المشتری، بقرینه موثق ابن فضال (۶)الذی هو إن أرید منه بیان الموضوع أو التخصیص فی الحکم کان کافیا فی المطلوب، و نافیا لأصل الدلاله فیهما علی الأول، الذی یمکن دعوی انه المنساق المتبادر، إذ هو الصاحب فعلا، علی أنه لو أرید به الأعم ثبت لکل منهما الخیار، متی کان أحد العوضین.

و هو مما لم یقل به أحد، لان من صوره کون الثمن للدار مثلا حیوانا و لا خیار للمشتری قطعا، کما ان العدول فی الجواب فیهما صریح أو

۱- ۱ الوسائل الباب ۳- من أبواب الخیار الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳- من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۳- من أبواب الخیار الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱- من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب ۳ من أبواب الخیار الحدیث ۶.

۶- ۶ الوسائل الباب ۳ من أبواب الخیار الحدیث ۲.

کالصریح فی إراده أحدهما من الصاحب، و تخصیصه بالبائع فیما إذا کان المبیع حیوانا مما لم یقل به احد، فوجب اراده المشتری منه، فانحصر الدلیل فی الصحیح الأول (۱)القاصر عن معارضه ما عرفت من وجوه، بل ربما احتمل فیه بقرینه اتحاد الراوی و المروی عنه للصحیح الذی بعده، انه نقل من الراوی بالمعنی، بزعم الموافقه؛ و احتمل فیه أیضا إراده الخیار لمجموعهما الصادق بالمشتری

خاصه، أو أن الخیار للمشتری و علی البائع فهو لهما أو نحو ذلک من الاحتمالات البعیده التی لا بأس بها بعد القصور عن المعارضه، و انها أولی من الطرح.

نعم احتمل الفاضل تنزیله علی ما إذا کان کل من الثمن و المثمن حیوانا، و کأنه علق قوله فی الحیوان فیه بالمبتدأ، و هو مبنی علی ثبوت الخیار لهما فی هذه الصوره، و عده فی جامع المقاصد ثالث الأقوال، و نفی عنه البعد لما فیه من الجمع، بل عن جماعه منهم الصیمری اختیاره لذلک، و لاتحاد وجه الحکمه فی ثبوت هذا الخیار للمشتری، و هی خفاء حال الحیوان المحتاج إلی ضرب هذه المده، و فیه بعد اعتبار التکافؤ فی الجمع، انه لا شاهد علیه فی اللفظ و لا من خارج، و قاعده أولویته من الطرح غیر ثابته کما تحرر فی الأصول، و الحکمه ما لم یکن منصوص عله أو تنقیح مناط لا یجوز اطرادها عندنا.

و من ذلک کله یظهر لک ضعف ما احتمله الفاضل أیضا من ثبوته لذی الحیوان مطلقا، فیشترکان فیه مع کون العوضین حیوانین، و یختص به المشتری فی بیع الحیوان بغیره، و یختص به البائع فی بیع غیره به، و إن مال إلیه أو توقف فیه فی الریاض، و قواه فی الروضه، و اختاره فی المسالک، و مجمع البرهان و

۱- ۱ الوسائل الباب ۳ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

الحدائق، و عن غيرها، إلا انه لا مستند له سوى الصحيح المزبور بعد التنزيل المذكور، و إطلاق صاحب الحيوان فى الصحيحين، بناء على اراده المنتقل اليه منه، لا ما كان صاحبه، و الاشتراك فى وجه الحكمه، و فى الجميع ما عرفت خصوصا بعد غلبه كون الحيوان مقابل بغيره، فصاحبه المشترى، سيما و لا عموم معتد به فى هذه الإضافه إذ ليست من إضافه المصدر. فتأمل جيدا.

ثم إن ابتداء الخيار من تمام العقد، كما صرح به جماعه و هو ظاهر الباقين، لا من حين التفرق، لتبادر الاتصال من النصوص (۱)و انه كخيار المجلس، بل هو متعين الإراده فى كثير منها، لعدم سبق غيره، و به ينقطع الاستصحاب و التأسيس مع انه خلاف وضع العقد غير لازم؛ و الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار، فلا يجتمع المثلان و فائدته البقاء بأحد الاعتبارين مع سقوط الأخر، فلا يتداخل السببان و الأسباب الشرعيه معرفات لا مؤثرات، فلا استحاله فى اجتماعهما كما اجتمعت فى المجلس و العيب، و خيار الرؤيه باعتراف الخصم، و البيع يتم بالإيجاب و القبول على الأصح، فلا يمتنع الخيار قبل التفرق، و ارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضى اللزوم مطلقا، بل اللزوم اللازم من رفعه، فيصح تعلقه بالجائز، و لو قيل بالسببيه فى المجموع، دون الجميع اندفع أكثر ذلك إلا انه خلاف الظاهر نصا و فتوى، و يلزمه سقوط الأثر بالكليه مع استمرار المجلس طول المده، و هو بعيد.

كما أن احتمال سقوط خيار المجلس فى الحيوان، لظهور بعض النصوص الجامعه بينهما فى اختلاف موضوعهما بعيد أيضا، لظهور الفتاوى و جمله من النصوص فى خلافه، و يلزمه

عدم الخيار بعد الثلاثه لو زاد المجلس عليها، و البحث فى ثبوته للوكيل نحو ما سمعته فى خيار المجلس، لكن من المعلوم هنا اختصاصه بالمالك و من يوكله فيه، كما ان من المعلوم ابتداؤه فى الفضولى

۱- ۱ الوسائل الباب ۳ من أبواب الخيار.

من حین الإجازه بناء علی النقل، أما علی الکشف فان کانت بعد الثلاثه سقط، و إلا ثبت فیما بقی منها و الله أعلم.

و کیف کان ف یسقط باشتراط سقوطه فی العقد و بالتزامه بعده لما تقدم فی خیار المجلس و بإحداثه فیه حدثا، کوطی الأمه و قطع الثوب و بتصرفه فیه سواء کان تصرفا لازما کالبیع أو لم یکن کالهبه قبل القبض و الوصیه ل صحیحی ابن رئاب السابقین (۱)و

مکاتبه الصفار(۲)إلی أبی محمد علیه السلام «فی الرجل اشتری من رجل دابه فأحدث فیها حدثا من أخذ الحافر أو أنعلها أو رکب ظهرها فراسخ، إله أن یردها فی الثلاثه الأیام التی له فیها الخیار بعد الحدث الذی یحدث فیها أو الرکوب الذی یرکبها؟ فوقع علیه السلام إذا أحدث فیها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء الله»

و صرح جماعه بل لا خلاف فیه یعرف بینهم أنه لا فرق بین الناقل و غیره، لصدق اسم الحدث، و ذکر بعض أفراد العام أو المطلق للتمثیل لا یقضی بالتخصیص و التقیید لهما؛ سیما إذا

کان فی کلام السائل کالمکاتبه، و المناقشه بظهور صحیحی ابن رئاب فی اختصاص الحدث بما لا یشمل التصرف الناقل إذ المثال إنما هو لما ماثله ضعیفه، ضروره أن ذلک و إن لم یکن من صنف المذکور، و لکنه أولی قطعا؛ نعم قد یظهر من بعض النصوص الاتیه فی خیار الشرط(۳)عدم دلاله مثل ذلک علی الرضا و لذا اشترط علی المتصرف الذی له الخیار أن یستوجب البیع أولا، لکن لم أجد عاملا بها، فهی بالنسبه إلی ذلک شاذه.

و علی کل حال فقد قیل أن الظاهر من صحیح الرضا(۴)الذی هو کالتعلیل

۱- ۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار الحدیث ۱ و ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب الخیار الحدیث ۱- ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

کون المناط حصول الرضا بسببه، فلو علم انتفاؤه و ان قصده بالحدث اختباره أو غیره، بقی خیاره، و لعله لذا قیده بعض الأفاضل بما إذا لم یکن للاختبار و نحوه و یؤیده الأصل، و الإطلاقات و بعض النصوص، کالخبرین أحدهما

الصحیح (۱)«عن رجل اشتری شاه، فأمسکها ثلاثه أیام ثم ردها، قال: إن کان تلک الثلاثه أیام شرب لبنها، و رد معها ثلاثه أمداد، و إن لم یکن لها لبن فلیس علیه شی ء»

لکن عن بعضهم سقوط الخیار به أیضا بل مال إلیه فی المسالک، و لعله للإطلاق و اراده التنزیل منزله الرضا فی السقوط شرعا، لا أنه کاشف عنه، و إلا لم یتم فی مشکوک الحال فضلا

عن معلوم العدم، اللهم إلا أن یقال أن الشرع کاشف عن العرف، فیتبع فیما لم یعلم عدمه، بل ذلک هو الموافق لأصلی الخیار و اللزوم؛ و ستسمع إنشاء الله تمام البحث فیه من الاحکام.

و یسقط أیضا بانقضاء المده و هی ثلاثه أیام کما عرفت قال، بعض الأفاضل:

بلیالیها تحقیقا، لأنه الأصل فی التحدید، و الظاهر دخول اللیلتین أصاله، فتدخل الثالثه، و إلا اختلف معنی الآحاد فی استعمال واحد، و فیه نظر، لان الظاهر دخول اللیلتین المتوسطتین فی الحکم، دون الاسم، إذ لیس الیوم لغه و شرعا و عرفا إلا البیاض المقابل للیل، الا أنه لما فهم اتصال الخیار بالعقد فی جمیع أزمنه وقوعه لیلا أو نهارا إلی أن تحقق مصداق مضی ثلاثه أیام، دخل اللیلتان و غیرهما، بل الظاهر دخول المنکسر من الیوم کذلک أیضا. فإذا وقع العقد مثلا ظهر یوم الخمیس، فالخیار متصل إلی أن یتحقق مصداق مضی ثلاثه أیام، و لا یکون ذلک إلا بانتهاء یوم الأحد، و هو غروب الشمس منه، و لو وقع فی أول لیله الخمیس مثلا، فالخیار فیه إلی مضی الثلاثه، فتدخل اللیله فی الحکم لا فی اسم الیوم.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

بل هذا كاد يكون صريح

قوله عليه السلام فى صحيح ابن رئاب (۱)«فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب البيع»

إذ مفهومه ان العقـد على الخيار إن لم تمض، فالمنكسـر فى النهار و الليل حينئذ داخلان فى حكم البقاء على الخيار إلى حصول الغـايه، لا ـ فى مفهوم الأيـام المنـافى للغه و الشرع و العرف، كـدعوى صـدق اليوم على الملفق من يوم آخر أو من الليل المنافيه للثلاثه أيضا، و حينئـذ فالخيار فى الزياده على الأيام الثلاثه مسـتفاد من دليل الخيار بالتقريب الذى ذكرناه- فتأمل جيدا فإنه دقيق نـافع فى كـثير من المقامـات لم أجـد من تنبه له، مع أنه بالتأمـل فى المقـام و غيره يمكن القطع به لمن رزقه الله تعـالى اعتـدال الذهن.

نعم لا إشـكال فى ثبوت مشـروعيه التلفيق فى الجمله، ضـروره أن الكسر كما يكون فى الأيام، يكون فى الشهور و السنين، و فى غير واحـد من النصوص (۲)فى قوله تعالى (۳)«بَراءَهٌ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ الى قوله فَسِـيحُوا فِی الْأَرْضِ أَرْبَعَهَ أَشْـهُرٍ» قال: فهذه أشـهر السـياحه عشـرون من ذى الحجه و المحرم و صفر و شهر ربيع الأول و عشر من ربيع الأخر و هو كالصريح فى التلفيق فى الأشهر، بل و انه يجبر الأولين من الأخر و ان ذلک كله مصـداق أربعه أشـهر فتأمل جيـدا و الله العالم، و لا يسـقط هذا الخيار بالتبرى من العيوب، و إن كان الحكمه فى شرعه خفاء العيب غالبا، إلا أنه لا يجب انعكاسها.

و يعم هـذا الخيار كل حيوان الصامت و الناطق من لا ينعتق عليه، على ما سـمعته فى خيار المجلس، و فى اشتراط اسـتقرار الحياه فى صـحه البيع و ثبوت الخيـار وجهان، أشـبههما العـدم، و يثبت فى حيوان البحر و ان اخرج من الماء و اشترطنا إمكان البقاء، لا مكان عوده إلى ما يعيش فيه، فلو تركه المشترى على الجدد حتى مات فلا ضمان على البائع، لأنه هو الذى أتلفه، و الله أعلم.

۱- ۱ الوسائل الباب ۳ من أبواب الخيار الحديث ۹.

۲- ۲ تفسير برهان جلد ۲ ص ۱۰۱ الطبع الحديث.

۳- ۳ سوره البراءه الآيه- ۱.

[القسم الثالث خيار الشرط]

القسم الثالث خيار الشرط بالضروره بين علماء المذهب، و الكتاب و السنه عموما، و خصوصا فى بعض أفراده، و لا يقدح منافاته لمقتضى إطلاق العقد، كما فى كل شرط؛ و دعوى أن اللزوم من مقتضياته، لا مقتضى إطلاقه- يدفعها مشروعيته بأسبابه، و لو أنه كذلك لم يشرع أصلا كالملك بالنسبه إلى البيع كما هو واضح، و حينئذ ف هو عندنا بحسب ما يشترطانه أو أحدهما لا يتقدر بمده مخصوصه، خلافا للشافعي و ابى حنيفه، فلم يجوز اشتراط أزيد من ثلاثه، و لا يعتبر فيها الاتصال بالعقد، كما هو صريح بعض و ظاهر إطلاق آخرين؛ للعموم، خلافا لما عن بعض العامه فمنعه، و احتمله الفاضل تفاديا من انقلاب اللازم جائزا؛ و فيه انه جائز و واقع فى خيار التأخير و غيره، و متى جاز الانفصال جاز التعاقب لعموم المقتضى، لكن فى المسالك احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال، و لعله لاستظهار الاتحاد من الإطلاق، و فيه منع واضح. و لو شرط الخيار شهرا يوما، و يوما لا، صح بناء على إراده خمسه عشر من الشهر العددى، كما عساه المنساق من العباره، و مع التصريح بذلك لا إشكال فى الصحه، و اليوم المتصل بالعقد أول الأيام، فظهر أن المدار على الشرط.

لكن يجب أن يكون ما يشترطانه من مده الخيار مده مضبوطه و لذا لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزياده و النقصان كقدوم الحاج و نحوه قولا واحدا، للغرر حتى فى الثمن لأن له قسطا منه، فيدخل فيما نهى النبى صلى الله عليه و آله (۱)فاشتراطه مخالف للسنه، و ما دل على وجوب اتباعها من الكتاب (۲)على أن مشروعيه

۱- ۱ الوسائل الباب ۴۰ من أبواب آداب التجاره الحديث ۳ الدعائم ج ۲ ص ۱۹.

۲- ۲ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۱- ۵.

العقود لقطع الاختلاف فلا تناط بما هو مثاره.

و لو شرط كذلك بطل البيع أيضا لا الشرط خاصه، كما ستسمعه فيما يأتى إنشاء الله تعالى محررا، أما لو أطلق اشتراط الخيار من غير ذكر مده أصلا، فالمشهور بين المتقدمين الصحه، و الانصراف إلى الثلاثه، بل فى الانتصار و الغنيه و محكى الجواهر و الخلاف الإجماع عليه، بل فى الأخير نسبته الى أخبار الفرقه أيضا، و إن كنا لم نقف على شى ء منها فيما وصل إلينا من النصوص، سوى ما قيل من فحوى

قوله عليه السلام فى الصحيح السابق (۱)«الشرط فى الحيوان ثلاثه للمشترى اشترط أو لم يشترط»

فإنه يدل بالفحوى على أن الشرط فى غيره ثلاثه مع اشتراط الخيار، لا اشتراطها، لعدم اختصاصه بها إذ ضروره صحه اشتراط أى عدد، فالمختص بها حينئذ إطلاق اشتراط الخيار و فيه ما فيه، و

النبويين (۲)«الخيار ثلاث»

قال: «لا خلا به و لك الخيار ثلاثا»

و هما- مع انهما من غير طرقنا- لا دلاله فيها، لما فى التذكره من أن قول لا خلا به عباره فى الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا فإطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح، الا أن إرسال الشيخ الأخبار المزبوره لا تقصر عن المراسيل فى كتب الحديث التى من المعلوم عدم بنائها على الاستقصاء التام، فعدم الوجود فيها غير دال على العدم، فهى حينئذ مع الإجماعات المزبوره كافيه فى إثبات المطلوب، سيما مع عدم الموهن لها بين المتأخرين فضلا عن غيرهم، إذ لم نعرف مصرحا بالبطلان بعد الشيخ فى أحد قوليه الا الفاضل و ثانى الشهيدين و الصيمرى فيما حكى عنه.

نعم نسب الى المرتضى و ظاهر الديلمى، و المعلوم من الأول خلافه، و عباره المتن كاللمعه و النافع و الوسيله و محكى التحرير لا دلاله فيها، لأن اشتراط التعيين

۱- ۱ الوسائل الباب ۳ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۵ ص ۲۷۳.

فی المده غیر اشتراط المده المعینه، و لذا لم یشر فی شی ء منها الی الخلاف، مع أن الغالب فی بعضها الإشاره إلی شواذ الأقوال فضلا عن مثل هذا.

فمن الغریب ما فی بعض المصنفات من حکایه القول المزبور علی وجه یکون به من الشواذ، علی أنه لیس فی الأدله ما ینافیه، إذا الغرر مندفع بتحدید الشرع و إن لم یعلم به المتعاقدان، کخیار الحیوان الذی لا إشکال فی صحه العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان، و من ذلک یعلم ما فی دعوی أولویته بالمنع، من ذی المده الغیر المعینه، کالتعلیل بأنه لو صح فاء ما أن یدوم الخیار و هو باطل بالإجماع أو یخص من غیر مخصص، إذ قد عرفت أن التخصیص بالثلاثه إما لانصراف الإطلاق عرفا، لکونها أقل مده یتروی بها فی مثله و الشرع کاشف، أو لتعیین الشارع، و الشرط سبب لا مناط کالوصایا المبهمه، و لذلک کله مال إلیه فی الدروس بل جزم به العلامه الطباطبائی فی مصابیحه و هو لا یخلوا من قوه.

و کیف کان ف لکل منهما أن یشترط الخیار لنفسه فی الکل و البعض المعین و لأجنبی متحدا أو متعددا مع التعیین، و إلا لم یجز للغرر، کالتعیین فی المخیر فیه، فلا یکفی فی شی ء منهما أحدهما و نحوه و له مع الأجنبی کذلک بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسمیه علیه للعموم، لکن إن اتحد ذو الخیار فالأمر الیه، و الأقدم الفاسخ و لو أجنبیا، لعدم معارضه اختیار اللزوم له کما هو واضح.

فما فی الوسیله- من أن الخیار إن کان لهما و اجتمعا علی فسخ و إمضاء نفذ، و إن لم یجتمعا بطل، و إن کان لغیرهما و رضی نفذ البیع، فان لم یرض کان المبتاع بالخیار بین الفسخ و الإمضاء- لا وجه له.

کما أن ما فی الدروس- من أنه یجوز اشتراطه لأجنبی منفردا و لا اعتراض علیه و معهما أو مع أحدهما، و لو خولف أمکن اعتبار فعله، و إلا لم یکن لذکره فائده- فی غیر محله، بل ینبغی الجزم بتقدیم الفاسخ و لو الأجنبی کما ذکرناه، و اشتراط

الخيار للأجنبى خاصه تحكيم لا توكيل و ليس له الفسخ دونه، الا أن الظاهر وجوب اعتماد المصلحه لأنه أمين، فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ، بل قد يقال: إن المنساق عرفا من مثل ذلك ما يشبه التوكيل، فيمكن احتمال مراعاه الأصلح لذلك، بناء على اعتباره فيها، كما أنه يعتبر فيه أيضا غير ذلك مما يعتبر فيها من البلوغ و العقل و نحوهما، و كذا يجوز لكل منهما اشتراط المؤامره اى الاستيمار بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، للعموم، خلافا للشافعى (۱)فى أحد قوليه فيلزم العقد بإمضاء المستأمر و سكوته إذا كان المراد منها اشتراط الخيار له بأمره لانتفاء

المشروط حينئذ بانتفاء شرطه، و الأصل فى العقد اللزوم، أما لو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه امتثال أمره به قطعا.

نعم له العمل به على ما هو مقتضى الشرط، و ليس له الفسخ قبل أمره به، لعدم حصول الشرط فما عن التحرير- كما عن أحد قولى الشافعيه من جواز الرد من غير أن يستأمر لأنه ذكر الاستيمار احتياطا- واضح البطلان، بل عن الأول التصريح فيه بعد ذلك بالمنع من الرد قبله، و لذا حمله بعض الأفاضل على ما إذا حصل الأمر بالفسخ قبل الاستيمار، خلافا لظاهر المبسوط و الخلاف و التذكره و كنز الفوائد و تعليق الإرشاد و المسالك على ما حكى عن بعضها، فينتفى لانتفاء الشرط، لكن يمكن تنزيل عباراتهم على الغالب من ترتب الأمر على الاستيمار و لا بأس به، و لا بد من ضبط مده الاستيمار، كما هو صريح جماعه؛ و ظاهر آخرين تحرزا من الغرر، خلافا للمحكى عن المبسوط و الخلاف و أحد قولى الشافعى، فيثبت على التأبيد مع انتفاء التحديد و هو كما ترى.

و لا ينصرف الإطلاق هنا إلى الثلاثه التى خيارها، متصل بالعقد، بخلاف خيار

۱- ۱ التذكره ج ۱ ص ۵۲۱.

المؤامره الـذى لا يحصل إلا بعـد الأمر، و صـرف إطلاق الخيار إليها لا يقتضـى كونها ظرفا لشـرائط الخيار قطعا، إذ لا تزيد على خيار الحيوان و لا يشترط تعيين المستأمر لعدم الغرر فيه، بخلاف الخيار للأجنبى، و بذلک- و عدم الخيار للمستأمر بالفتح و إنما له الأمر به- افترقت المؤامره عن اشتراط الخيار للأجنبى، فيصـح إناطه الأول بأمر أحـد الرجلين دون الثانى، و مع الاختلاف يقدم الفاسـخ، و فى المتحد إذا اختلف رأيه فى المده يحتمل ذلک مطلقا أو بشـرط التأخر، و الأخذ بالمقدم مطلقا و المؤخر كذلک، و قـد اختار بعض الأساطين الثانى. هذا كله بناء على معلوميه إراده ما عرفت من اشتراط الاستيمار، أما إذا أريد منه غير ذلک من المشـاوره. و إجـاله الرأى معه، لاـ اتبـاع أمره أو نحو ذلـک، اتبع عملا بالشـرط، و لعل إطلاق اشتراط الاستيمار ظاهر فيما ذكره الأصحاب، و الأمر سهل بعد وضوح المأخذ، لعدم خروج المؤامره بنص مخصوص، فالمرجع فى المراد منها الى ما يرجع إليه فى غيرها من العرف و اللغه، بل استقصاء البحث فيها ليس من وظائف الفقيه.

و كـذا يجوز اشتراط الخيـار مـده معينه- لاـ مجهوله و لاـ مطلقه، بـل إطلاـق الخيـار هنـا لا ينصـرف إلى الثلاثه كما سـمعته فى المؤامره. نعم لاـ يعتبر فيهـا الاتصـال و ان انصـرفت اليه عنـد الإطلاـق- و إن كـان الخيـار فيها بشـرط أن يرد البائع فيها بالثمن و يرتجع بـالمبيع إنشـاء مطلقـا أو موزعا عليها نجوما، متساويه أو مختلفه مع اشتراط الخيار بنسبه الرد و بـدونه، و إن كان إذا أطلق توقف على رد الجميع إجماعا فى أصل المسئله بقسميه.

و نصوصا عموما و خصوصا(۱)فيه الصحيح و غيره و لا يقدح لفظ الوعد فى سؤال الأول بعد أن

كان الجواب أرى أنه لک إن لم يفعل، اى يرد الثمن، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه

قال فيه: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام.(۲)انا نخالط أناسا من

۱- ۱ الوسائل الباب ۷ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من أبواب الخيار الحديث ۱.

أهـل السواد و غيرهم فنبيعهم فنربـح عليهم العشره بـاثنى عشـر أو العشـره بثلاـثه عشـر، و نوجب ذلك فيما بيننا و بينهم السـنه و نحوها، فيكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك الذى فيه الفضل الذى أخذ منا بشـراء و قد باع و قبض الثمن منه، فبعده إن هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشـراء، فان جاء الوقت و لم يأتنا بالـدراهم فهو لنا، فما ترى فى الشـراء، فقال: أرى أنه لك إن لم يفعل، و إن جاء بالمال للوقت فرده عليه»

و

فى موثق إسحاق بن عمار(۱)«حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام قال:

سأله رجل و أنا عنده فقال له: رجل مسـلم احتاج الى بيع داره فمشـى إلى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه، و تكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى إن أنا جئتك بثمنها إلى سنه أن تردها على؟ قال: لا بأس

بهـذا، إن جـاء بثمنها إلى سـنه ردها عليه، قلت: فإنها كانت فيها نخل كثير فأخـذ الغله لمن تكون الغله؟ فقال: الغله للمشترى، ألا ترى لو احترقت كانت من ماله»

إلى غير ذلـك من النصوص، و نحوه اشتراط المشترى رد الثمن برد المبيع فى مـده معلومه، لعموم المقتضـى، فلكل منهما حينئذ ذلـك؛ اتحـدت المـده أو اختلفت، كمـا ان لكـل منهمـا اشتراط الرجوع فى الكـل برد الكل أو البعض، و فى البعض برد البعض الخـاص و ما دونه، و لو اشترط الكل أو أطلق الرد لم يتخير برد البعض و إن قل الباقى، و لو اشترط البعض تخير برده كملا دون البعض منه، و اللزوم من أحدهما لا ينافيه الجواز للآخر.

لكن قـد يظهر من النصوص و جمله من العبـارات عـدم احتيـاج الانفسـاخ إلى أزيـد من الرد، و هو إما لانه المشـروط، أو لأن به يحصل اختيار الفسخ، و فى الأول أن القدره إنما تتعلق بالفسخ دون الانفساخ. فلا يصـلح اشتراطه الا بواسطته، اللهم الا أن يستند فى الجواز الى ظاهر صحيح سعيد بن يسار(۲)و خبر معاويه بن ميسره(۳)و موثق إسحاق (۴)مؤيدا بعموم

«المؤمنون عند شروطهم»

(۵)القاضى بصحه ما لم

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من الخيار الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحديث ۴.

يعلم فساده من الشرائط، و أن الشرط بنفسه من المؤثرات لذلك، و نحوه مما يؤثر غيره إلا أن يعلم العدم، كالنكاح و الطلاق و نحوهما، بل هو لا يزيد على اشتراط انتقال عين مخصوصه من غير ناقل عداه.

نعم هو مبنى على أن المشروط هو الانفساخ لا الخيار، كما هو ظاهر أكثر الأصحاب إذ هذا القسم المسمى عندهم ببيع الشرط، و هو عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد الرد- فالذى يحصل به حينئذ التسلط على الفسخ، لا الانفساخ. نعم قد يقال:

بعد معلوميه عدم توقف الفسخ على لفظ مخصوص بل يكفى فيه كل ما دل عليه من فعل أو قول- أنه دال عليه و يحصل به، و الغالب دلالته عليه فيحصل به الفسخ، و على هذا ينزل إطلاق النصوص و بعض الفتاوى؛ و فيه منع دلالته عليه، و إنما هو دال على اراده الفسخ و العزم عليه لا إنشاء الفسخ به خصوصا إذا حصل الرد تدريجا، و الذى يؤثر الفسخ الثانى لا الأول.

و من هنا صرح بعضهم بعدم الانقطاع البيع بمجرد رد الثمن، بل قيل: انه ظاهر كلام الباقين، و إطلاق النصوص و بعض الفتاوى يمكن تنزيله على الغالب من تعقيب الرد بالفسخ، لا على ذلك، الا أن الانصاف عدم خلوه عن النظر بعد، إذ من المحتمل كون المراد من اشتراط الخيار بالرد أن له الفسخ فى هذه المده بهذا الطريق منه، و الا كان ابتداء الخيار مجهولا فيكفى حينئذ فى حصول الفسخ نفس الرد فتأمل جيدا.

و على كل حال فالظاهر أنه لا فرق فى الاحتياج إلى الفسخ بين القول بانتقال المبيع بنفس العقد، و القول بانتقاله بمضى الخيار معه، بناء على شمول كلامهم لمثل هذا الخيار المسبوق باللزوم، إذا العقد عندهم و إن لم يكن ناقلا من حينه، الا أنه يفيد الملك إذا انقضى زمن الخيار فمع عدم فسخه لا يستقر ملك ذى الخيار عليه، فهو لا بد منه على القولين و ان افترقا بكونه على الأول لعود الملك و، على الثانى لاستقراره، نعم قد يتوقف فى اندراج هذا الخيار فى كلامهم بمسبوقيته باللزوم. و انتقاله

بمجرد جهه الرد عن المشترى الى البائع و إن لم يحصل به الفسخ، و إنما حصل به الخيار خاصه من غير ناقل شرعا- لا يخلوا من اشكال، و من هنا أمكن أن يقال:

بأن النماء هنا للمشترى إلى حين الفسخ مطلقا على القولين، لانه ملكه. و التزام- عوده إلى البائع بالخيار على الثانى، و عدم انتقال خصوص النماء للمشترى ما بين الرد الى حين الفسخ و إن لم ينتقل الأصل إلى البائع إلا به- كما ترى.

و كما أن النماء له فالتلف منه بلا خلاف أجده فيه، للصحيح (۱)و الموثق (۲)بل هو كذلك و ان كان بعد الرد الا انه مضمون عليه، لانه وقع فى زمن خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع عليه بالمثل أو القيمه، بخلاف التلف

قبل الرد الذى هو ليس زمان خيار، كى يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ، بل المتجه فيه سقوط الخيار؛ الا ان يشترط عليه الرجوع به عينا أو قيمه، فيلزم بناء على صحه هذا الشرط، و بدونه لا يلتزم حتى لو تصرف فيه باختياره تصرفا ناقلا، فضلا عن التلف السماوى، للأصل، و ظاهر الصحيح و الموثق.

و كيف كان فمورد النص نماء المبيع و تلفه إذا كان الخيار للبائع، لكن يعلم منه حكم نماء الثمن و تلفه فى هذه الصوره، و حكم نماء العوضين و تلفهما إذا كان للمشترى و يسقط هذا الخيار بانقضاء المده و لما يحصل الرد و الإيجاب من ذى الخيار، و التصرف و الاذن فيه كما فى مطلق خيار الشرط على ما ستعرف إنشاء الله تعالى عند تعرض المصنف، فإنه نوع منه، و إنما يغايره فى زياده قيد الرد، فلا يخالفه الا فيما يقتضيه القيد و قد يستظهر عدم سقوط هذا القسم من خيار الشرط بالتصرف، لان المدار عليه فى هذا الخيار، و لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن، و المشترى بالمبيع فلو سقط به سقطت الفائده فى وضعه.

و للموثق (۳)المفروض فى بيع الدار لاحتياج البائع إلى الثمن المصرح فيه

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۱ بطريقين.

۲- ۲ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۱ بطريقين.

۳- ۳ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۱.

بکون الغله للمشتری و رد بأنه- مع مخالفته لإطلاق النصوص السقوط بالتصرف لان المدار علیه- ان التصرف المسقط ما کان فی زمن الخیار و هو لا یحصل هنا الا بعد الرد و لا

ینافی شی ء مما ذکر لزومه به بعده، لان ذلک. زمنه لا قبله. و إن کان قادرا علی إیجاد سببه فیه، إذ المدار علی الفعل لا القوه، علی انها لا تتم فیما اشترط فیه الرد فی وقت منفصل عن العقد، کیوم بعد سنه.

و لا ـ فرق علی الظاهر فی التصرف فی المردود بین کونه عین مال المشتری مثلا، و بین کونه مثله أو قیمته، لصدق الرد و دلاله التصرف فیه بعده علی الالتزام شرعا أو عرفا علی الوجهین السابقین، و قد یحتمل فی الأخیرین العدم، لعدم صدق التصرف فیه، ضروره تغایر البدل للأصل، الا أن الأول أقوی، هذا.

و لکن قد یناقش فی دعوی أن زمن الخیار بعد الرد، باقتضائها جهاله الابتداء حینئذ أولا، و بصدق زمن الخیار علیها جمیعها عرفا، ثانیا، و بمنافاتها لما تسمعه منهم فی غیر مره من جعل هذه المده زمن خیار، ثالثا، منها- ما اعتمدوه فی رد قول الشیخ بالملک بعد انقضاء الخیار، بهذه النصوص (۱)المصرحه بأن المبیع ملک المشتری و الثمن ملک البائع قبل انقضاء مده الخیار، فلو لا انها مده خیار ما اتجه لهم ذلک الا علی تکلف بعید؛ فلاحظ و تأمل.

ثم ان المعتبر فی رد المبیع رد العین مع الإطلاق، بخلاف الثمن الذی مبنی هذا النوع علی التصرف فیه غالبا، فیکفی فیه المثل، بل قد یحتمل ذلک فی المبیع إذا کان مثلیا لصدق الرد عرفا، و لا اعتبار بالقیمه فی ذوات الأمثال، نعم قد یحتمل الاکتفاء بها مطلقا فی خصوص الثمن، لکن یقوی اعتبار رد العین

نفسها الا أن تقوم قرینه معتبره علی إراده الأعم فتتبع، هذا.

و اعلم أن جمیع ما ذکرناه فی خیار المؤامره و الخیار برد الثمن جریا علی

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخیار.

ما ذكره الأصحاب، و ظاهرهم أنها على مقتضى العمومات، بل هو صريح غير واحد منهم، بل هو مقتضى ما ذكروه من التعدى عن محل النص فى الخيار برد الثمن، لكن قد يشكل ذلك بأنهما معا من التعليق الممنوع فى البيع و نحوه، من غير فرق فيه بين كونه فى نفس العقد، و بين كونه فى متعلق العقد كالشرط و نحوه، فلو باع و اشترط شرطا مثلا قد علقه على مجى ء زيد فى مده معينه مثلا، لم يجز بلا خلاف أجده فيه و الفرق بينه و بين تعليق الخيار على رد الثمن أو على أمر زيد به غير واضح، و التعبير بعباره لا تعليق فيها فى اللفظ؛ لا يرفع التعليق فى المعنى، فان اشتراط الخيار حال رد الثمن أو حال أمر زيد به كاشتراطه حال قدوم الحاج أو مجى ء زيد فى مده معينه مثلا.

فالتحقيق حينئذ الاقتصار فى خيار الرد على النصوص، و ما يمكن إلحاقه بما فيها، و أما خيار المؤامره فلم نجد فيه نصا بالخصوص، فان كان إجماعا فذاك و الا! شكل بما ذكرناه إلا إذا فرض على وجه لا تعليق فيه و الله اعلم.

[القسم الرابع خيار الغبن]

القسم الرابع خيار الغبن بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، عدا ما يحكى عن المصنف من إنكاره فى حلقه درسه، و الموجود فى كتابه خلاف هذه الحكايه، و استظهره فى الدروس من كلام الإسكافى، لأن البيع مبنى على المغالبه، و لا ريب فى ضعفه، بل فى التذكره نسبته إلى علمائنا، و فى الغنيه الإجماع عليه، و هو بعد التتبع الحجه مضافا الى ما قيل من النهى عن أكل مال الغير «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» فى الكتاب (۱)و السنه(۲)و النصوص

«غبن المسترسل سحت» كما فى أحدها(۳)

«و المؤمن» فى آخر(۴)

و فى ثالث «لا يغبن

۱- ۱ سوره النساء الآيه ۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳ من أبواب مكان المصلى الحديث ۱- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۲.

المسترسل فان غبنه لا يحل»(۱)

و ما ورد من النهى عن تلقى الركبان و أنهم مخيرون إذا غبنوا(۲)و خبر الضرار(۳)و فى الجميع نظر، ضروره حصول التراضى، و الا كانت المعامله باطله، لا أن فيها الخيار، و عدمه على تقدير العلم لو سلم، لا ينافى الرضا الفعلى الذى عليه المدار، و إن كان الداعى له الجهل، و المراد من النصوص المزبوره،

كراهه خدع المؤمن المطمئن إليك الواثق، و زياده الربح عليه، و عن مجمع البحرين «الاسترسال: الاستيناس و الطمأنينه إلى الإنسان و الثقه فيما يحدثه، و أصله السكون و الثبات و منه الحديث» الى آخره على أن مقتضى الحكم بأنه سحت- البطلان، لا الخيار، كما أن مقتضى عدم الحل الإثم، بل ما ثبت من الخيار عند الأصحاب أعم مما فيه الغبن بمعنى الخدع، و خبر الركبان لم نقف عليه فى كتب الأصول، بل فى الحدائق و لا فى كتب الفروع، و إن كان فيه انه يكفى ارسالهم له، بل لعله أقوى من ذكر المتن، و فى الغنيه

«نهى عليه السلام عن تلقى الركبان»

و قال: «فان تلقى متلق فصاحب السلعه بالخيار إذا دخل السوق»

و حديث الضرار(۴)مع قطع النظر عن كلام الأصحاب لا يشخص الخيار بل لا يقتضى إلا الإثم ان أريد منه النهى.

نعم قد يستفاد منه المطلوب إذا أريد منه عدم مشروعيه ما فيه ضرر، مضافا الى أصاله صحه البيع و حليته، و جبر كثير من محال الضرر بالخيار و فتوى الأصحاب و أن الخيار وجه جمع بين الحقين و رافع للضرر من الجانبين، بخلاف الإلزام بالأرش و نحوه، و الأمر سهل بعد ما عرفت من الإجماع المزبور، نعم يشترط فيه أمران أحدهما- جهل المغبون القيمه وقت العقد بلا خلاف، ضروره تسلط الناس على أموالهم (۵)فله أن يقدم على بيع ما يساوى مأه بواحد، فمع العلم و الاقدام لا

خيار قطعا، كحدوث الزياده و النقيصه بعده، و فى التذكره و المسالك الإجماع عليه، بل فى الثانى منهما و غيره التصريح بعدم الفرق بين

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب آداب التجاره الحديث ۷.

۲- ۲ المستدرك ج ۲ ص ۴۶۹ كنز العمال ج ۲ ص ۳۰۶.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳ و ۴ و ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳ و ۴ و ۵.

۵- ۵ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحديث.

من تمكن من المعرفه و لو بـالتوقف و غيره، لكن قـد يشـكل الأول إن لم يكن إجماعا بأنه هو أدخل الضـرر على نفسه فلا خيار له، كمن أقدم على البيع بالمسمى و إن فرض مساواته أضعافه، فإن الظاهر عدم الاعتبار بجهله و الأصل اللزوم فتأمل.

و من الجاهـل الناسـى كحـدوث القيمه للمبيع و لمـا يعلم بهـا و يقبـل قوله فى الجهل مع إمكانه فى حقه كما فى الجامع و جامع المقاصـد و المسالـك لأصـاله عـدم العلم، و لأنه مما يخفى و لا يعلم الا من قبله، و احتمل فى الثانى العـدم، لأصاله لزوم العقد فيستصـحب الى ثبوت المزيل، و أشـكله بأنه ربما تعـذر إقامه البينه و لم يتمكن الخصم من معرفه الحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه، فيسقط الدعوى بغير بينه و لا يمين، ثم قال: كالأول، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان و المكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت الى قوله و هو كذلك، اما النسيان فقد يقوى عدم قبوله بقوله.

الثـانى- الزيـاده و النقيصه التى لا يتسامـح الناس بمثلها عاده فلا يقـدح التفاوت اليسـير، و المرجع فى ذلك- بعـد ان لم يكن له مقدر فى الشرع- الى العرف، و هو مختلف بالنسبه إلى المكان و الزمان و نحوهما، و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد فعلى مدعى الغبن البينه، لأصاله اللزوم، و الظاهر ثبوت خيار الغبن من أول العقد لا حين ظهوره، فلو أسقطه حاله سقط و إن لم يكن عالما به؛ كما أن الظاهر كونه على التراخى ما لم يحصل ضـرر على الأخر؛ للأصل خلافا لبعضـهم منهم ثانى المحققين و الشهيدان مع أن الأخير منهما قد استوجه الأول فى بحث تلقى الركبان بعد أن حكاه عن المصنف.

و كيف كـان فلعـل الفور اقتصـارا على موضع اليقين، و لاقتضاء التراخى الإضـرار بالمردود عليه، لتغير السـعر بتغير الزمان، و لان قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱)و نحوه ممـا يقتضـى اللزوم كما أنه عام فى الافراد كـذلك فى الأوقات و الا لخلى عن الفائـده فلا يتصور حينئذ استصحاب فى الخارج لبقاء غيره على مقتضى العام، و الأصل عدم تخصيصه،

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

و فيه عدم انحصار الحكم الشرعى فى اليقين، و قد عرفت تقييده بعدم الضرر، و الآيه و غيرها مطلقه بالنسبه إلى الزمان لا عامه فلا تنافى الاستصحاب.

و من ذلک كله ظهر لک المراد من قول المصنف- من اشترى شيئا و لم يكن من أهل الخبره مثلا و ظهر فيه غبن لم تجر العاده بالتغابن به فى مثل هذا البيع و الزمان و المكان كان له فسخ العقد إذا شاء و دليله، أنه كما يثبت للمشترى يثبت للبائع، لاتحاد الدليل بل لو

فرض تصور الغبن فيهما كما إذا وقع البيع على شيئين فى عقد واحد و كان كل منهما بثمن معين فى أحدهما الغبن على البائع و فى الأخر على المشترى ثبت الخيار لهما معا هذا. و ربما استفيد من التعليق على المشيئه فى المتن أنه على التراخى، و قد عرفت الحال فيه و الله اعلم.

و لا يسقط ذلک الخيار بالتصرف السابق على ظهور الغبن إذا لم يخرج عن الملک أو يمنع مانع من رده كالاستيلاد فى الأمه و العتق كما فى القواعد و غيرها من غير فرق بين البائع و المشترى، و إن كان المصنف لم يذكر الخيار إلا للثانى، الا أن الظاهر ارادته المثال ضروره عدم اختصاصه بالمشترى، بل خبر تلقى الركبان فى البائع (۱)مضافا الى الاشتراک ب حديث الضرار(۲)و غيره.

و حينئذ فالمراد عدم سقوط هذا الخيار مطلقا بالتصرف الا الناقل أو المانع من الرد، كما أن الظاهر اراده التصرف من ذى الخيار، ضروره عدم السقوط بالتصرف من غيره و إن كان ناقلا، للاستصحاب و حديث الضرر و غيره، و احتمال عدم الفرق- فيبطل الخيار و إن كان النقل من غير ذى الخيار لتعلقه بالعين فيفوت بانتقالها-- لا- ينبغى صدوره ممن له ادنى خبره بالنصوص و الفتاوى.

نعم ظاهرهم عدم الفرق فيما ذكرنا بين البائع و المشترى كما هو مقتضى الدليل

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۶۹ كنز العمال ج ۲ ص ۳۰۶.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳- ۵.

لکن فی اللمعه «و لا یسقط بالتصرف الا ان یکون المغبون المشتری و قد أخرجه عن ملکه؛ ثم قال: و «فیه نظر، للضرر مع الجهل بالغبن، فیمکن الفسخ و إلزامه بالقیمه أو المثل، و کذا لو تلفت العین أو استولد الأمه، و ظاهره بل کاد یکون صریح الروضه فی أول کلامه عدم سقوط خیار البائع لو کان هو المغبون و قد تصرف فیه تصرفا مخرجا، و هو کما تری لا نعرف له وجها و لا دلیلا، بل و لا موافقا.

نعم فی جامع المقاصد «لو تصرف البائع فی الثمن فهل یسقط خیاره أم لا؟ و هل یفرق بین التصرف المخرج عن الملک، و غیره؟ لاـ أعلم فی ذلک تصریحا» لکن فی عباره التذکره ما یقتضی عموم سقوط الخیار هنا بالتصرف إذا کان مخرجا عن الملک، فإنه قال: «و لا یسقط هذا الخیار بتصرف المغبون، للاستصحاب إلا أن یخرج عن الملک ببیع و عتق و شبهه، لعدم التمکن من استدراکه» هذا لفظه، و هو شامل لما قلناه، مع احتمال أن یرید به تصرف المشتری خاصه إذا کان هو المغبون، لکن ما استدل به بعینه قائم فیما ذکرناه.

قلت: لا ینبغی التأمل فی عدم الفرق کما هو مقتضی إطلاق القواعد و غیرها، و الأدله، و صریح الروضه فی آخرها و المسالک و غیرها، بل الظاهر ضعف ما ذکره من النظر الذی قد اعترف فی الروضه بأنه لم یقف علی قائل به، لأصاله اللزوم فی العقد، و لأن المعلوم من ثبوت الخیار ما دامت العین علی ملکه، و قیام قیمتها مقامها فی ذلک مع التصرف فیه محتاج الی الدلیل، و فرق واضح بین المقام و بین الانتقال إلی القیمه لو کان المتصرف غیر ذی الخیار الذی هو تصرف فی حق غیره، فیتجه الانتقال إلی القیمه بخلاف المقام الذی کان التصرف فیه من ذی الحق، فسقوطه فی الحقیقه مستند الی فعله، بخلاف الأول الذی مبناه معلومیه عدم سقوط حق شخص بتصرف آخر، فإطلاق الأصحاب حینئذ عدم السقوط بالتصرف الا المخرج منه فی محله، فتأمل جیدا.

و حاصل البحث فی المسئله و فروعها أن التصرف مع ثبوت الغبن إما أن یکون

فی المبیع المغبون فیه أو فی ثمنه أو فیهما، ثم إما أن یخرج عن الملک؛ أو یمنع من الرد مانع کالاستیلاد أو یرد علی المنفعه خاصه کالإجاره، أو یوجب تغیر العین بالزیاده العینیه کغرس الأرض، أو الحکمیه کقصاره الثوب أو المشوبه کصبغه، أو النقصان بعیب و نحوه، أو بامتزاجها بمثلها بما یوجب الشرکه بالمساوی أو الأجود أو الأردی أو بغیرها أو بهما علی وجه الاضمحلال، کالزیت یعمل صابونا، أو لا یوجب شیئا من ذلک، ثم إما أن یزول المانع من الرد قبل الحکم ببطلان الخیار أو بعده، أو لا یزول، و المغبون إما البائع، أو المشتری؛ أو هما، فهذه أکثر أقسام المسئله، و مضروبها یزید علی مأتی مسئله و هی مما یعم بها البلوی و حکمها غیر مستوفی فی کلامهم.

و جمله الکلام فیه أن المغبون إن کان هو البائع لم یسقط خیاره بتصرف المشتری مطلقا، فان فسخ و وجد العین باقیه علی ملکه لم تتغیر تغیرا توجب زیاده القیمه و لا یمنع من ردها أخذها، لعودها الی ملکه بالفسخ، بل و کذا إن وجدها متغیره بصفه محضه کالطحن و القصاره و نحوهما، لکن فی المسالک «فی استحقاق المشتری أجره عمله، وجه قوی» و فی الروضه الجزم به بل قال فیها: «و ان زادت قیمه العین شارکه فی الزیاده بنسبه القیمه» و فیه أن العمل قد وقع فی ملکه فلا یستحق به عوضا، و زیاده القیمه إنما کانت بصفه راجعه إلی المال بنفسه، و إن کانت بعمله فلا یستحق بها شرکه.

فمن الغریب جزمه بذلک خصوصا بعد رجوعه بأجره العمل کما هو واضح، نعم إن کان التغیر صفه من جهه و عینا من اخری کالصبغ صار شریکا بنسبته إذا فرض زیادته بذلک، مع احتماله مطلقا، و لو کانت الزیاده عینا محضه کالغرس أخذ المبیع و تخیر بین القلع بالأرش و الإبقاء بالأجره، لأنه مقتضی الجمع بین الحقین، إذا الوضع کان بحق، و لو رضی ببقائه بها و اختار المشتری قلعه، فالظاهر انه لا أرش له بل کان علیه تسویته، و لو کان زرعا وجب إبقاؤه الی أو ان بلوغه بالأجره، و لیس له

القلع بالأرش لأن له أمدا ينتظر، و إن وجدها ناقصه ففى الروضه «أخذها مجانا كذلك إنشاء» و فى المسالك «ان لم يكن النقص بفعل المشترى، و إن كان بفعله فالظاهر انه كذلك» أى يأخذها مجانا و لا شى ء له، لانه تصرف فى ملكه تصرفا مأذونا فيه فلا يتعقبه ضمان.

و فيه أن النقصان بفعل الله أو بفعله كتلف العين و إتلافها فكما أنه لو فسخ و وجدها تالفه أو متلفه يرجع بالقيمه فكذا هنا، و احتمال سقوط الخيار هنا مناف لاستصحابه و العين كالمضمونه فى يد من لا خيار له لذى الخيار، نحو العكس الذى ستسمع التصريح من الروضه بضمانها كلا- و بعضا و إن كان من قبل الله تعالى، و إن كان فيه ما فيه، و إن وجدها ممتزجه بغيرها ففى الروضه و المسالك «انه إن كان بمساو أو أردى صار شريكا إن شاء، و إن كان بأجود، ففى سقوط خياره أو كونه شريكا بنسبه القيمه أو الرجوع إلى الصلح أوجه، و فى ثانيهما أن الثالث لا يخلو عن قوه، لبقاء ماله و أصاله بقاء خياره».

و فيه مضافا الى عدم ذكر الأرش إذا فرض النقص بالمزج بالأردى، و عدم تقييد الشركه بنسبه القيمه، أن الثانى هو الأقوى و أنه لا فرق بينه و بين المزج بالأردى، لكن على معنى الشركه فى الثمن لا العين، للزوم الربا فى الربوى بناء على عمومه لكل معاوضه و لعدم المعامله بينهما و الامتزاج أعم من ذلك كما هو واضح، و كأن الأول مبنى على سقوط الخيار بالتلف و لو كان من فعله، و هو غريب.

و منه يعلم ما فى قوله فيهما أيضا متصلا: «و لو مزجه بغير الجنس بحيث لا يتميز فكالمعدومه» إن أراد بذلك سقوط الخيار، فتأمل جيدا، فإنه يمكن ارادته سقوط الخيار فى العين على معنى الانتقال الى المثل أو القيمه، و إن وجدها منتقله عن ملكه بعقد لازم كالبيع و نحوه ففى الروضه و المسالك و غيرهما، رجع بالمثل أو القيمه، و لعله للجمع بين ما يقتضى بقاء الخيار، و عموم ما دل على صحه العقد و لزومه، و هذا و

إن لم يذكروا غيره فى المقام بل لا يخلوا عن قوه، إلا أنه يمكن أن يتحصل من كلامهم فى غيره و هو بيع من لا خيار له، أن فيه وجوها آخر أيضا.

منها- البطلان، نظرا إلى أن حق الخيار كحق الرهانه لا يصح معه التصرف إلا بالاذن، و منها- الصحه لكن متزلزله كالأصل، لعدم زياده الفرع عليه، و فيه قوه أيضا و منها- التفصيل بين العتق و نحوه و غيره، فينفذ فى الأول و ينتقل الى المثل و القيمه دون غيره، و لتحرير ذلك محل آخر، كما أن ما فيهما أيضا من أنه كذلك يرجع بالمثل أو القيمه لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردها كالمستولده، يحتمل أيضا احتمالا آخر تقدم فى بيع أم الولد، و هو انه تنقل إليه لسبق حقه على الاستيلاد فلا يؤثر منعا.

و كيف كان فإذا استمر المانع استمر السقوط، و فى الروضه «و إن زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد أخذ العين مع احتمال العدم، لبطلان حقه بالخروج فلا يعود، و لو كان العود بعد الحكم بالعوض ففى رجوعه إلى العين وجهان، من بطلان حقه من العين، و كون العوض للحيلوله و قد زالت» و فيه أولا- أنه لا- يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتب عليه ما ذكره، بل المدار على حال الفسخ الذى به يتشخص ما للفاسخ من العين أو المثل أو القيمه، فلو رجعت العين أو زال المانع قبله، اتجه فيه ما ذكره مع احتمال الفرق بين الاستيلاد و غيره، فيرجع العين فيه دون المبيع و نحوه. نعم يمكن إلحاق فسخ البيع بالإقاله به، لا ما إذا تملكه جديدا بسبب آخر، و من ذلك يعلم الحال فيما لو رجعت أو زال المانع بعده، و لعل الأقوى عدم الرجوع بالعين إذا فرض عودها الى الملك بسبب آخر، و فسخ الخيار انما يقتضى إبطال ملكه لها بذلك السبب لا مطلقا فتأمل جيدا.

و إن وجد العين منتقله بخيار ففى الروضه و المسالك أيضا «ألزم بالفسخ، فان امتنع فسخه الحاكم، فان تعذر فسخه المغبون» و فيه أنه لا دليل على شى ء من ذلك، بل مقتضى كون الفسخ بالخيار ابطال المعاوضه الاولى و رجوع كل عوض الى صاحبه إن كان موجودا و إلا

فبدله الانتقال إلى القيمه و عدم الإلزام بالفسخ هنا، ضروره أنه حال الفسخ ينبغى انتقال شى ء إليه فى مقابله ما رده من العوض و ليس إلا القيمه لا الإلزام بفسخ البيع، و لعله لذا أطلق المصنف و غيره السقوط بالتصرف المخرج فتأمل جيدا.

و إن وجدها منقوله المنافع ففى الروضه و المسالك «جاز له الفسخ و انتظار انقضاء المده و يصير ملكه من حينه و ليس له فسخ الإجاره، و تظهر الفائده فى ملك ما لا يدخل فى ملك المنفعه المنقوله من حمل و ثمره و استخدام و عتق و نحوها» و على كل حال فليس له عوض المنفعه التى استوفاها المالك بالإجاره، كما ان الظاهر وجوب رد العوض لو فسخ قبل انقضاء المده لعود الملك اليه بالفسخ، و احتمال العدم- كما فى المسالك لعدم التمكن من الانتفاع التام ضعيف، و لو كان النقل جائزا كالسكنى المطلقه ففى الروضه له الفسخ و فيه اشكال خصوصا بناء على عدم جواز فسخ الإجاره الجائزه باشتراط خيار له اللهم إلا أن يكون مدار فسخ السكنى على من انتقل اليه الملك.

هذا كله إن لم يكن التصرف فى الثمن تصرفا مخرجا أو مانعا من الرد و إلا سقط خياره كما عرفت، و النظر السابق الذى عرفته و عرفت ما فيه آت هنا، و الظاهر أن الإتلاف أقوى من التصرف فى الإسقاط هنا كما اعترف به فى جامع المقاصد قال: «اما لو تلف بنفسه ففى سقوط الخيار تردد، ينشأ من عدم التمكن من رد العين، و من عدم التقصير من المشترى فلاـ يسقط حقه» و مقتضى ما تسمعه من الروضه الجزم بعدم السقوط، بل ظاهره ذلك مع الإتلاف أيضا و أنه يرد المثل أو القيمه حينئذ، و لكنه كما ترى، ضروره أن الوجه فى السقوط بالتصرف المخرج عن الملك ليس الا لتعذر الرد الذى هو الأصل فى اقتضاء الفسخ، لا للدلاله على الرضا، و الا لم يفرق بين سائر التصرفات، و لا ريب فى أنه أقوى تعذرا من التصرف، بل لعله كذلك أيضا بالتلف بآفه، و عدم التقصير لاـ ينافى السقوط لتعذر الرد الذى هو مقتضى الفسخ بالخيار، و ان خرج منه تصرف غير المغبون و لو بإتلاف للإجماع على عدم سقوط خيار المغبون بذلك هذا. و كان رد القيمه أو المثل مبنى على عدم

انـدراج مـا نحن فيه فيمـا ذكروه من قاعـده «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» و الا كان المتجه عـدم رد المثل أو القيمه؛ و الانفساخ من غير حاجه الى بقاء الخيار.

و ان كـان المغبون هو المشترى لم يسـقط خيـاره بتصـرف البـائع بـالثمن مطلقـا، بل يفسـخ و يرجع بالمثل أو القيمه على نحو ما عرفت إذا لم يكن تصرف فى المثمن بمـا يسـقط خيـاره و لو إتلافـا، لكن فى الروضه «انه ان تصـرف فيما غبن فيه فان لم يكن ناقلاـ عن الملـك على وجه لازم و لا مانع من الرد و لا منقص للعين فله ردها، و فى الناقل و المانع ما تقـدم، و لو كان قـد زادها فأولى بجوازه، أو نقصها أو مزجها أو آجرها فوجهان؛ و ظاهر كلامهم أنه غير مانع.

لكن إن كـان النقص من قبله ردهـا مع الأـرش، و إن كـان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كـذالك كما لو تلف، و كـذا لو كانت الأرض مغروسه فعليه قلعه من غير أرش إن لم يرض البائع بالأجره؛ و فى خلطه بالأردى، الأرش، و بالأجود إن بذله له بنسبه فقد الصفه و الا فإشكال» و فيه أن بعضه لا يجامع ما تقدم فيما إذا كان المغبون البائع، و نحوه ما وقع له فى المسالك أيضا فلاحظ و تأمل، ليتضح لك الحال فى ذلك و فى صوره اجتماعهما و فى كثير من الفروع المتصوره هنا التى لا تخص المقام فى الحقيقه و الله اعلم.

و كيف كـان ف لاـ يثبت به إى الغبن أرش مطلقا قبل التصـرف و بعـده، للأصل و حرمه القياس على المعيب و محكى الإجماع بل محصله. نعم استشكل الفاضل فى ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت، من انتفاء الضرر الموجب للخيار، و من ثبوته فلا يزول الا بدليل.

بل جزم بالأول فى الحدائق و هو غير ثبوت الأرش الذى سمعت الإجماع عليه، و قد يناقش فى الثانى بأنه مصادره، إذ الكلام فى ثبوته مع البـذل و قـد يفرض مقارنته للعقـد، كما انه قد يناقش فى الأول بعدم انحصار الدليل بحديث الضـرار(۱)على أن الظاهر منه إراده

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳ و ۴ و ۵.

عدم مشروعیه، ما فیه ضرر إلا أنه لما لم یکن معلوما لنا هنا بالخصوص، لتکثر تصور ما یندفع به الضرر، قوی فی الظن مشروعیته علی الخیـار، للإجماع، و لانه المعلوم من جبر الشارع ضـرر العقود بالخیار، و الجامع بین الحقین و غیر ذلک مما لا یخفی، لا أن المراد تکلیف الضار بدفع ما وقع منه من الضرر، کی یتخیر فیما یدفعه من بذل التفاوت، أو التسلیط علی الفسخ. لکن

روی الحلبی (۱)«انه سئل أبو عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری ثوبا ثم رده علی صاحبه

فأبی أن یقبله إلا بوضیعه؟ قال: لا یصلح له أن یأخذه فإن جهل و أخذه بأکثر من ثمنه رد علی صاحبه الأول ما زاد»

فتأمل جیدا.

[القسم الخامس خیار التأخیر]

القسم الخـامس خیـار التـأخیر أی من بـاع و لم یقبض الثمن و لا سـلم المبیع و لا اشترط تأخیر الثمن و لو ساعه و لا تأخیر قبض المثمن فـالبیع لازم ثلاثه أیـام. فـإن جـاء المشتری بالثمن فیها اسـتحق و الا کان البائع أولی بالمبیع منه إنشاء الفسـخ بلا خلاف محقق معتد به أجده فیه بل حکی الإجماع علیه مستفیضا أو متواترا. و

قال زراره للباقر علیه السـلام فی الصحیح (۲)«الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یـدعه عنده فیقول: حتی آتیک بثمنه؟ فقال: ان جاء فیما بینه و بین ثلاثه أیام، و الا فلا بیع له»

و

سـأل علی بن یقطین أبا الحسن علیه السـلام فی الصـحیح (۳)«عن الرجـل یبیع البیع و لاـ یقبضه صـاحبه و لا یقبض الثمن؟ فقال: الأجل بینهما ثلاثه أیام فإن جاء قبض بیعه،

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

و الا فلا بیع بینهما»

و

قال العبد الصالح علیه السلام فی موثق ابن عمار(۱)«من اشتری بیعا فمضت ثلاثه أیام و لم یجی ء فلا بیع له»

و

قال عبد الرحمن بن الحجاج (۲)«اشتریت محملا- فأعطیت بعض ثمنه و ترکته عند صاحبه ثم احتبست أیاما، ثم جئت الی صاحب المحمل لأخذه فقال: قد بعته فضحکت ثم قلت: لا و الله لا أدعک أو أقاضیک، فقال لی: ترضی بابی بکر بن عیاش؟ قلت: نعم فأتیناه و قصصنا علیه قصتنا، فقال أبو بکر: یقول من ترید أن أقضی بینکما أ یقول صاحبک أو غیره، قال: قلت: بقول صاحبی، فقال: سمعته یقول: من اشتری شیئا فجاء بالثمن ما بینه و بین ثلاثه أیام، و الا فلا بیع له»

لکن قد یوهم ظاهر هذه النصوص خصوصا صحیح ابن یقطین منها الانفساخ قهرا الذی هو أقرب الی نفی الحقیقه من نفی اللزوم، و بلفظها عبر الصدوق، بل ترک الإسکافی الظرف منها بل

فی المبسوط(۳)«روی أصحابنا أنه إذا اشتری شیاه بعینه بثمن معلوم، و قال للبائع: أجیئک بالثمن و مضی فإن جاء فی مده الثلاث کان البیع له و إن لم یجی ء فی هذه المده بطل البیع»

الا أنه یمکن ارادته بطلان اللزوم بقرینه کلامه فی غیره من کتبه، خصوصا الخلاف الذی

نسب فیه الخیار إلی إجماع الفرقه و أخبارهم، کما أنه یمکن اراده ذلک من النصوص و لو بمعونه الشهره و الإجماع المستفیض أو المتواتر، و أصاله الصحه و عدم المبطل و غیر ذلک.

علی أنه هو المناسب للإرفاق للبائع، إذ قد یدخل علیه الضرر بنقصان القیمه فی هذه المده، بل قد یدعی انصراف الإطلاق الیه و لو بقرینه المقابله فی الشرطیه، مضافا إلی ظهور التقیید بالظرف فی ثبوت البیع للبائع، و اللزوم قابل للتبعیض بخلاف الصحه، و لا ینافیه صحیح ابن یقطین (۴)لصدق نفی اللزوم بینهما و لو بنفیه للبائع منهما. فمن الغریب بعد ذلک کله جزم المحدث البحرانی با الانفساخ.

۱- ۱ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخیار الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخیار الحدیث ۲.

۳- ۳ المبسوط ج ۲ ص ۸۷ الطبع الحدیث.

۴- ۴ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

و على كل حال فشرطه عدم قبض الثمن، و عدم اقباض المبيع، و الحلول فيهما إجماعا بقسميه، و فى الغنيه نسبته إلى روايه أصحابنا و لو لا ذلك لأمكن المناقشه فى اشتراط الثانى، لإطلاق الموثق (۱)و غيره الذى لا يقيده ما فى سؤال صحيح ابن يقطين، بل قد يظهر من سؤال صحيح زراره(۲)إقباض المبيع و تركه عند البائع، و قد اعترف بعض الأفاضل بعدم ظهور النصوص فى الشرط المزبور، بل ظاهرها خلافه، لكن قال لعل استناد الأصحاب

إليها مبنى على كون القبض عندهم فى نحو المتاع النقل لا مجرد قبض اليد.

و فيه أن ذلك مذهب جمع منهم، و الظاهر اتفاقهم هنا على الشرط المزبور، و لكن الأمر سهل بعد الإجماع المذكور، فلو وجدا أو أحدهما فلا خيار و إن أبقاه عند صاحبه خلافا للمحكى عن الشيخ من ان للبائع الفسخ متى تعذر الثمن، و قواه فى الدروس، و لم يستبعده فى المسالك، و هو مع أنه غير ما نحن فيه من خصوص هذا الخيار- ضعيف لانه هو أدخل الضرر على نفسه بتسليم المبيع، و لأن فائده الفسخ التسلط على العين، فان تمكن منها أخذها مقاصه كغيرها و الا فلا فائده له.

و على كل حال فلو انتفى القبض منهما و لو للبعض فالخيار باق فى الكل بلا خلاف و فى خبر ابن الحجاج (۳)دلاله عليه، و كذا لو قبض فبان مستحقا كلا أو بعضا لانه كعدم القبض بخلاف قبض المعيب فإنه صحيح و يسقط به خيار البائع، قيل: و يكفى فى الثمن مطلق القبض بخلاف المبيع فيشترط فيه اذن البائع، كما صرح به جماعه، و لوح اليه آخرون، لان قبض الثمن من فعل البائع كإقباض المبيع فيسقط حقه بهما؛ و قبض المشترى ليس فعلا له فلا يسقط حقه بفعل غيره، و هو جيد لو أن السقوط بالقبض المأذون فيه، لدلالته على إسقاط الحق، أما إذا لم يكن لذلك بل لتغير الصوره الثابت فيها الخيار فيبقى على أصل اللزوم، ففيه ان النصوص أدل هنا على كون القبض للثمن بالاذن فيها على غيره،

۱- ۱ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخيار الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخيار الحديث ۲.

بل لا دلاله فيها على المثمن كما عرفت.

اللهم الا- أن يقال أن النصوص لا- دلاله فى شى ء منها على اعتبار شى ء، منها إذ جاء و نحوه مجرى الغالب فى دفع الثمن، الى المالك، لا ان المراد منه الشرطيه بل العمده الإجماع، و هو ثابت فى الإقباض كما عرفت دون قبض الثمن، بل قد يدعى تحققه فى عدم اعتباره، لا- طلاقهم القبض فيه و الإقباض فى المثمن، أو يقال: إن الاذن معتبره فى إقباض المبيع دون الثمن، كما يظهر من بعض كلماتهم فى باب القبض، و إن كان فيه ما فيه، لكن مع ذلك كله أطلق فى الروضه و غيرها اعتبار الاذن فى القبض، و قد ينزل على إراده الإقباض، فتأمل نعم لو أجاز البائع لزم، خلافا للمحكى عن الشيخ لعدم الإقباض، و هو ضعيف و لو مكنه منه فعن التحرير سقوط الخيار و هو جيد بناء على أنه التخليه، و الا فالأشبه البقاء و إن أسقطنا الضمان به، لمنع عموم البدليه، فالأصل بقاء الحق.

و أما الحلول فمستنده- بعد الإجماع- الأصل السالم عن معارضته المنساق من النصوص. مؤيدا بأن الواجب مع الشرط مراعاه الأجل طال أو قصر فلا يتقدر بالثلاثه، و إثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى و الدليل، و لو شرط التأجيل فى البعض فأخر الباقى فالأقرب السقوط، وفاقا للفاضل و المحكى عن ولده و غيره، للأصل أيضا السالم عن معارضه النصوص، بعد ما عرفت من ظهور سياقها فى حلول الجميع، مؤيدا بأنه ساقط فى المؤجل بالشرط، فيسقط فى الكل لئلا يثبت التبعيض.

و العمده ما عرفت، بل عن التحرير اشتراط خلو الثلاثه عن الخيار للبائع كالحلى فى خصوص الشرط منه و لا بأس به، بعد استثناء خيار المجلس لو قلنا بأن مبدئها من حين العقد، للأصل المزبور، المؤيد باندفاع ضرر التأخير، و ظهور النصوص و الفتاوى على سبق اللزوم ثلاثا فينتفى الخيار مطلقا.

قيل: و ليس المراد به نفى الخيار المخصوص لأن الثابت بالتأخير أصل الخيار و الحكم لا يتقيد بالسبب، و إن كان فى الأخير ما فيه، كالمحكى عنهما أيضا من اشتراط

خلوها عنه مطلقا، أو خصوص الشرط للمشترى أيضا، للأصل أيضا و لان شرط الخيار فى قوه اشتراط التأخير؛ و تأخير المشترى بحق الخيار ينفى خيار البائع، ضروره منافاته لإطلاق الأدله، و اللزوم- المفهوم من النص و الفتوى فى الثلاثه- إنما هو للبائع دون المشترى، فلا مانع من خياره بوجود أسبابه، بل مقتضى كلام الفاضل عدم هذا الخيار فى الحيوان مطلقا، و هو مناف لعموم الأدله التى منها يعلم فساد ما عن الحلى أيضا، لعدم الفرق بين الأصلى و المشترط، و فى الدروس «يحتمل ثبوت الخيار مطلقا، فلو اشترط المشترى فسخ البائع بعد الثلاثه و لو شرطاه و خرج الخيار فكذلك» و فيه- مضافا الى ما عرفت من سقوطه فى اشتراط الخيار للبائع،- انه يلزمه تأخير الثلاثه عن محلها المستفاد من النص و الفتوى.

و لا يشترط كون الثمن معينا قطعا، أما المبيع فعن ابى العباس و الصيمرى و ظاهر المبسوط و المراسم و الوسيله و التحرير ذلك، و فى الانتصار و عن الخلاف اشتراط تعيينها، لكن الظاهر اراده الاحتراز به عن النسيه و نحوها، بل هو محتمل الكتب المزبوره، فينحصر القول حينئذ بالأولين خلافا لإطلاق الأكثر و صريح المحكى عن القاضى بل عنه الاحتجاج له بالإجماع فهو- مع إطلاق معقد غيره و عموم النصوص- الحجه فى الخروج عن الأصل، و تغير الصوره و انتفاء العله ممنوعان، و يظهر من بعض الأساطين اشتراط التغاير بين البائع و المشترى بالذات فى هذا الخيار، و لعله لانه هو المستفاد من النصوص، فيبقى غيره على أصل اللزوم، لكن يمكن أن يستفاد مما سمعته فى مثل ذلك فى خيار المجلس ثبوته فى المقام، و فرض تصوره واضح، الا انه يقوى فى النفس الأول هنا، و يعرف البحث فى الوكيل و نحوه مما تقدم سابقا فلاحظ و تأمل.

ثم ان ظاهر النص و الفتوى اختصاص هذا الخيار بالبيع و البائع كما هو مقتضى الأصل، بل نفى بعض الأساطين الخلاف فى الأول و حكى الإجماع فى الثانى الذى نص عليه المفيد و المرتضى حاكيا ثانيهما الإجماع عليه أيضا، و عن الدروس أنه استشعر الخيار له من عدم

حکمهم بإجباره علی النقد، لکن فیما حضرنی من نسختها «لا خیار للمشتری بعد الثلاثه و لا فیها فی ظاهر کلامهم أنه یلوح منه جواز تأخیر الثمن إذ لم یحکموا بإجباره علی النقد» قلت: لعل وجهه احتباس المبیع و الرضا بالتأخیر کما هو الظاهر.

و لا فرق فی اعتبار الثلاثه فی هذا الخیار فی النصوص السابقه و الفتاوی بین الحیوان و غیره، و الانسی من الأول و غیره، الا ما ینعتق علی المشتری فان الظاهر سقوط الخیار فیه و تعین المطالبه بالثمن لما سمعته فی خیار المجلس، و لیس هو کالتلف و التصرف الذی لا یسقط الخیار، بل یفسخ و ینتقل حقه للمثل و القیمه ضروره کون التعارض فی الأدله فی نحو الفرض فی أصل ثبوت الخیار، فمع فرض ترجیح أدله الانعتاق یرتفع أصل الخیار، و لا وجه للانتقال الی المثل أو القیمه إذ هو فرع الاستحقاق.

و کیف کان فلا فرق فی تقدیر المده المزبوره بین افراد المبیع، خلافا للصدوق حیث قدر المده فی الأمه بشهر،

للخبر(۱)«فیمن اشتری جاریه و قال: أجیئک بالثمن، إن جاء فیما بینه و بین شهر، و الا فلا بیع له»

الذی رماه فی الدروس بالندره و فی المختلف بالقدح بالسند، و إن کان فیه ما فیه، و عن الاستبصار احتمال حمله علی الندب، و لا یخفی أن الخبر واضح الدلاله، نقی السند، مؤید بأصل اللزوم الا أن شذوذه- و غرابه اختصاص الأمه بهذا الحکم و لزوم الضرر بطول المده- یمنع من تخصیص تلک العمومات به، فالعمل علی

المشهور و حمله علی بیان منتهی الصبر طریق الجمع.

و کیف کان فقد قیل: إن مبدء المده من حین التفرق، و أنه ظاهر الشیخین و السیدین و القاضی و الدیلمی و الحلی و العلامه فی المختلف و التحریر، لما عرفت من ظهور النص و الفتوی فی لزوم البیع فی تمام المده، و لو کانت من حین العقد لاشتملت علی خیار المجلس فینتفی الزوم فی المجموع، بل الجمیع فی بعض الصور، بل لعل المتبادر من

قوله علیه السلام (۲)«إن جاء فیما بینه و بین ثلاثه أیام»

مجیئه من وقت المفارقه؛ إذ لا یعقل المجی ء حال

۱- ۱ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخیار الحدیث ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

الاجتماع إلا إذا أريد به مجرد دفع الثمن و هو خلاف الظاهر، فهو حينئذ من الافتراق و إن اشترط فی العقد سقوط خيار المجلس لعموم المقتضی.

نعم بناء علی أن المنساق ما ذكرناه أولا، اتجه حينئذ كون الابتداء من حين العقد مع اشتراط السقوط، لانتفاء المانع حينئذ هذا. و لكن قد يقال: إن المنساق من النص و الفتوی كونه من حين البيع، و خيار المجلس بعد ندره طوله غير قادح فی إراده اللزوم فی أكثر الثلاثه، علی أن المراد اللزوم من حيث التأخير، لا من كل وجه فتأمل.

و فی فوريه هذا الخيار و تراخيه ما عرفت سابقا، بل القول بالثانی هنا اولی، و عن الشهيد فی قواعده التصريح به، كما انه ظاهر التذكره لإطلاق الأدله، بل لم أجد قائلا بالأول هنا، و إن كان محتملا نظرا الی تعليل الفوريه فی غيره، بالاقتصار علی المتيقن فيما خالف أصل اللزوم. نعم تردد المحقق الكركی فی الفوريه هنا مع جزمه بها فی خيار الغبن و الرؤيه، و كان منشأه احتمال كون المقتضی هنا إطلاق الأدله الاستصحاب و نحوه. بل لا يسقط بالمطالبه بالثمن بعد الثلاثه، لأعميتها من الدلاله علی الرضا بلزوم العقد، أما لو فرض ذلک و لو لقرينه، اتجه السقوط كما فی غيره من الخيارات، و قد سمعت فی خيار المجلس و الحيوان ما يومی اليه من النصوص (۱)و الاستصحاب بعد صدور الدال علی الالتزام لا وجه له، إذ احتمال عدم سقوط هذا الخيار بنحو ذلک كما تری، و لعله علی ذلک يحمل ما عن ظاهر المشايخ و الديلمی و الحلی من السقوط بالمطالبه، و كذا يسقط باشتراط السقوط كما عن الشهيد و غيره النص عليه، عملا بالشرط، و بالإسقاط بعد الثلاثه أيضا كما هو شأن الحقوق أما لو أسقطه فيها فقد قال: بعض الأساطين لا يسقط، لعدم ثبوت الحق، و قد يحتمل السقوط باعتبار حصول سبب الاستحقاق و هو العقد، و لا يسقط ببذل المشتری الثمن بعدها قبل الفسخ للاستصحاب و إطلاق الأدله، و لم يثبت كون العله فيه الضرر فيثبت و يزول بزواله مع أن البذل بعدها، قد لا يدفعه فی بعض الأحوال، خلافا للفاضل و لم يسوغ له الفسخ و الأقوی الأول.

و كيف كان ف لو تلف المبيع كان من مال البائع فی الثلاثه و بعدها علی

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ و ۳ من أبواب الخيار.

الأشبه بـل لاـ خلاـف فيه فى الثـانى، بل حكى الإجماع مسـتفيضا أو متواترا عليه. لقاعـده «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» المعلومه بالنص (۱)و الإجماع و

الخبر(۲)«فى رجـل اشترى متاعا من رجل و أوجب له، غير أنه ترك المتاع و لم يقبضه، و قال: أتيك غـدا فسـرق المتاع من مال من يكون؟ فقـال: من صـاحب المتاع الـذى هو فى بيته، حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله».

و «قاعـده التلف فى مـده الخيـار ممن لاـ خيـار له» لاـ تشـمل المقام، و لو لأنها مخصوصه بما بعـد القبض، و وفاقا للمتأخرين فى الأول، بل عن الخلاف الإجماع عليه، و هو الحجه بعد الخبرين، خلافا للمفيد و السـيدين و المحكى عن سلار، فمن المشترى، و ربما مال اليه الشـهيد فى المحكى عن نكته، بل فى الانتصار و الغنيه الإجماع عليه، لانه ملكه و لا تقصـير من البائع إذ لا طريق له الى الفسخ، و به افترق عن التلف بعدها، و لان النماء له فالضـمان عليه، كما يستفاد من بعض نصوص خيار الشرط(۳)، و النقض بالتلف بما بعـد الثلاث مدفوع بالإجماع ثمه دون المسأله، إلا ان ذلک كله كما ترى، بعد الخبرين المزبورين المعتضدين بفتوى المتأخرين و بعض من تقدمهم، الموهون بها الإجماعان المذكوران.

و فى الوسـيله «أنه من ضـمان البائع و إن كان بغير تفريط، الا أن يكون عرض التسـليم و لم يستلم المبتاع، فان تلف بتفريطه كان من ضـمانه على كل حال» و نفى عنه البأس فى المختلف بعـد تخصـيص الـدعوى بالثلاث قال: «و كلام ابى الصـلاح يدل عليه، فإنه قال:

فـان كـان تـأخيره من قبـل المبتـاع فهلاـكه و نقصه من ماله» قلت: لا يخفى ما فيه بناء على عـدم تحقق اسم القبض بمثل الفرض المزبور، و لم يثبت ارتفاع الضمان به و إن لم يسم قبضا، و المنقول عن الحلى موافقه المفيد، و عباره الوسيله مطلقه فى الثلاث و غيرها، على ان الظاهر

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ و ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱ و ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۱ و ۳.

کون مبناها تنزیل التمکین منزله القبض فی نقل الضـمان، و هو یقتضـی ضـمان المشتری مع حصوله مطلقا، فلا وجه للتخصیص، بل نقل الضـمان من البائع بالتمکین المزبور مذهب الشیخ و جماعه، بل عن ظاهر الخلاف الإجماع علیه، و حینئذ فیشکل إطلاق القول بضـمان البائع فی الثلاثه کما هو المشهور و فیما بعدها من الجمیع ان ثبت الإجماع، و من خصوص القائل إن لم یثبت و لا یندفع الا باشتراط

عـدم التمکین فی أصـل الخیـار کمـا عن التحریر أو تخصـیص محـل النزاع بما إذا انتفی کما عن السـرائر، فیکون ما فی الوسـیله موافقا للمشهور لا أنه قول ثالث کما وقع من غیر واحد؛ و الله اعلم. هذا کله فیما لا یفسده البقاء.

و أما إن اشتری ما یفسـد من یومه و قـد ترکه عنـد البائع حتی یأتیه بالثمن ف قـد روی محمد بن أبی حمزه مرسـلا عن الصادق علیه السـلام و أبی الحسن علیهما السلام (۱)» انه إن جـاء بـالثمن فیما بینه و بین اللیل» ای قبل اللیل «و الا فلا بیع له» و لا یقـدح إرساله بعد اعتضاده بما فی ذیل

مرسل ابن رباط(۲)عن الصادق علیه السـلام علی ما فی الفقیه» و العهـده فیما یفسـد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل»

و إن احتمل أنه من کلام الصدوق بل لعله الظاهر؛ و انجباره بعمل الأصحاب و موافقه الاعتبار و حدیث الضرار(۳). نعم اختلفت عباراتهم فی تأدیه المراد بعـد اشتراکها فی التحدیـد باللیل ففی جمله نحو ما فی المتن من الامتداد الیه من دون تعرض للمبدء و فی أخری تقـدیر المـده بیوم و فی ثالثه جعل الخیار الی اللیل، الا أنه مناف لما فی النص و أکثر العبارات من أنه مبـدأه لا منتهاه فیجب رده الیه و إن بعد، و الأمر سهل بعد وضوح المراد.

نعم قد یشـکل الحدیث و الفتاوی بأن الغرض من الخیار دفع الضرر بالفسخ قبل فساد المبیع، و إذا کان مما یفسده لیومه کما هو المفروض، وجب ان یکون الخیار قبل

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب الخیار الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخیار الحدیث ۳ و ۴ و ۵.

الليـل، ليتـأتى للبـائع فسـخه، و دفع الضـرر عن نفسه، و بـأن البيع يقع فى طرفى النهـار و فى الأثنـاء، و قـد يقع فى الليـل أيضا، و التحديـد بالنهـار كلاـ أو بعضـا لاـ يطرد فى الجميع، و الحمـل على مقـدار اليوم خروج عن ظاهر النص و الفتوى، و لا يتأتى معه الغرض المطلوب فى الأكثر، و من هنا حمل الشـهيد فى الدروس النص على ما يفسده المبيت، نظرا الى الغالب فى نحو الخضر و الفواكه و اللحوم و الألبان، و إلى شـيوع اسـتعمال اليوم فيما يشمل الليل، فيثبت الخيار حينئذ فيما هو كذلك، و قد بيع فى النهار عنـد انقضـائه و دخول الليـل، و رد ما سواه الى ما يقتضـيه الأصل، و حـديث الضـرار و دلاله الإيماء؛ و هو جيـد جـدا، و ارتضاه المحقق الكركى و مال اليه الشهيد الثانى و غيره، و مقتضاه ثبوت الخيار فى غير مورد النص عند خشيه فساده مطلقا، فلو كان مما يتسـرع إليه الفسـاد فى بعض يوم فالخيـار فيه قبل الليل، و لو كان مما لا يفسـد فى يوم، تربص به البائع إلى خوف فساده، فيتخير حينئذ، و إن مضـى عليه يومان و أكثر، و احتمل العلامه فى هذا انتظار الليل لورود التحديد به شـرعا، و يضعف بما عرفت، و بأن مورد النص الفاسد ليومه، و ليس هذا منه، فيستمر فيه اللزوم الى خوف الفساد، بمقتضى الأصل السالم عن المعارض.

و قد يحتمل فيه و فى غيره ملاحظه النسبه لما يفسده المبيت فيفسخ مع بقاء زمان يعدمه الفساد كزمانه، فتأمل و يكفى الفساد فى تغير العين و نقص الوصف و إن لم يبلغ حـد التلف، كمـا فى الـدروس و جـامع المقاصـد و ظـاهر المسالـك، و هـل ينزل فوات السوق منزله الفساد؟ احتمله الشـهيد، للزوم الضـرر بنقص السعر، و هو قوى، و إن احتمل العدم أيضا، اقتصارا فيما خالف الأصل على المتقين.

ثم إن الظـاهر اتحـاد البحث فى تلفه كـذى الثلاث، لاتحاد الطريق و هو صـريح الغنيه أو كصـريحها مـدعيا عليه الإجماع، و ربما احتمل كونه من البائع هنا مطلقا عند غير من صـرح من المفصلين أيضا، لا قدامه على التأخير فيما هو مظنه التلف، كما أن الظاهر من الماتن و غيره، بل عن جماعه التصريح به، بل فى الغنيه الإجماع عليه كون هذا الخيار من

جمله أفراد خيـار التأخير، فيشترط فيه، ما يشترط فيه من الأمور الثلاثه، و يجرى فيه أيضا كثير من الفروع السابقه. و الله أعلم هـذا تمام الكلام فى الخيارات الخمسه

و أما خيار العيب ف يأتى البحث فيه فى بابه إنشاء الله تعالى لكثره فروعه

[و أما أحكامه فتشتمل على مسائل]

اشاره

و أما أحكامه أى الخيار.

فتشتمل على مسائل

[المسأله الأولى خيار المجلس لا يثبت فى شى ء من العقود عدا البيع]

الأولى المشـهور أن خيار المجلس لا يثبت فى شـى ء من العقود عـدا البيع بل فى الغنيه و محكى الخلاف الإجماع عليه للأصـل السـالم عن المعـارض خلافـا للمحكى عن المبسوط و القاضـى و الحلى فـأثبتوه فى نحو الوديعه و العـاريه و القراض و الوكاله و الجعاله، و هو ضـعيف لما عرفت، مؤيدا بأن الخيار فيها عام أيضا لا يقبل السقوط، فلا تأثير للمجلس، إلا أن يقصد منع التصرف فيه معه، كمـا احتمله فى الـدروس و لاـ دليـل عليه، و لاـ يصـح فى الوديعه لامتنـاعه فيهـا مطلقـا بل و لا فى غيرها، لوجود الاذن المسوغ كـذلك و منع فى المختلف إجمـاع الخلاف، لان ثبوت الخيار مطلقا يسـتلزم ثبوته فى المجلس، و فيه أن الممنوع خيار المجلس دون الخيـار فيه، فـان أراد الثـانى كـان النزاع لفظيـا. و كيف كان فلا دليل على ثبوت حق فيها مغاير لحق الجواز الثابت بأصل الشرع.

و أما خيار الشـرط فيثبت فى كل بيع لا يسـتعقب العتق، سلما كان أو صرفا أو غيرهما، لعموم المقتضى، خلافا للفاضل فى موضع من التـذكره فيهما، و للغنيه و محكى المبسوط و الخلاف و السـرائر فى الثانى، لاقتضاء اعتبار القبض فى المجلس فيهما، الافتراق بلا علقه، و اشتراط الخيار علقه؛ و هو كما ترى، و دعوى الإجماع من الثلاثه

على الثانى- التى منعها غير واحد من الأصحاب- على مدعيها، بل فى المسالك «أطبق المتأخرون على منعها، مؤيدا ذلك، بأن من عدا المدعى ممن تقدم عليه؛ أو تأخر عنه، بين مطلق ثبوته فى البيع، و بين مصرح به» بل فى موضع آخر من التذكره التصريح بثبوته لكن على إشكال.

نعم قد يظهر من اقتصار الدروس على حكايه الشيخ الإجماع، و منعه من الفاضل نوع توقف فيه، بل فى التحرير و القواعد فى ثبوته إشكال، إلاـ أن ذلك لا يقدح فى دعوى منع الإجماع، خصوصا مع شهره الصحيح المثبت بعمومه الخيار، بين الفقهاء و المحدثين، و قد رواه أئمه الحديث (۱)و الأقدمون من فقهاء أصحاب الأئمه عليهم السلام، و لا راد له و لا معارض له يخصصه، بل لعل مبنى الإجماع المدعى، على الإجماع على اشتراط القبض الذى ظن المدعى منافاته لاشتراط الخيار، فيكفى فى رفعه حينئذ وضوح عدم التنافى.

و كذا يثبت فى كل عقد لازم، معاوضه كان أولا، عدا النكاح و الوقف بلا خلاف أجده فى المستثنى منه، إلا فى الضمان من الفاضل فى أحد قوليه، و الصلح مطلقا من المحكى عن المبسوط و الخلاف، و خصوص ما يفيد منه فائده الإبراء من الكركى، تبعا للفاضل فى التحرير، و خصوص الصلح عن المجهول، و الدعوى الغير الثابته بالإقرار من المحكى عن الصيمرى، و

الكل شاذ ضعيف، لعموم المقتضى، و عدم ثبوت أن ما فى الذمه إذا انتقل لا يعود، بل هو ينتقض بجمله من المقامات.

و كذا دعوى إسقاط الحق، أو أن الصلح لا يقبل الخيار، فان ذلك كله لا مانع من حصوله على جهه التزلزل، و بلا خلاف أيضا فى الأول من المستثنى، بل فى جامع المقاصد و المسالك و المحكى عن الخلاف و المبسوط و السرائر الإجماع عليه، و هو الحجه بعد تأيده بمشاكلته العباره، و ابتنائه على الاحتياط التام و سبق التروى فيه و توقفه على رافع مخصوص، فلا يرتفع بغيره.

۱- ۱ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار.

أمـا اشتراطه فی الصـداق فلاـ بـأس به، کمـا صـرح به الفاضـل و الکرکی، للعموم، و فی المتعه اشـکال إن لـم تکن منـدرجه فی النکاح الـذی هو معقـد الإجماع. و علی المشـهور فی الثانی بل فی المسالک أنه موضع وفاق، و هو الحجه، و إن کان فیه أنه نبه فی الـدروس و غیرهـا علی أنه موضع خلاف. نعم هو لا یقـدح فی الإجماع الکاشف فان تم کان هو الحجه، و الا کان للنظر فیه مجـال، و ان کان قـد علل باشتراط القربه فیه، و هو مناف لاشتراط الخیار، و بأنه فک لا الی عوض، فلا یقبله کالعتق، لکن فیهما معا منع.

و منه ینقـدح النظر فی إلحـاق العمری و الحبس و مـا فی معناهمـا به فی جـامع المقاصـد للاـشتراک فی المعنی المـذکور، بل و ینقـدح أیضا فی عـدم دخوله فی الهبه قربه الی الله تعالی، مع أنه قال فی التذکره: «و أما الهبه فان کانت لأجنبی غیر معوض عنها و لا قصد بها القربه و لا تصرف المتهب یجوز للواهب الرجوع فیها. و إن اختل أحد القیود لزمت،.

و هل یـدخلها خیار الشـرط الأقرب ذلک» و ظاهره تناولها خصوصا و قـد نفی الباس عما ذهب إلیه الشافعی من عـدم دخوله فی الوکاله و القراض و الشرکه و الودیعه و الجعاله، قال:

«لأنها عقود جائزه لکل منهما فسخها سواء کان هناک شرط خیار أولا» فحمل کلامه هنا علی الهبه الجائزه لا یخلوا من منافاه له، فالأـولی بناء دخوله فی ذات القربه علی التنافی بینهما، و عـدمه، و الحکم بجواز الـدخول فی اللازمه منها للعوض أو القربه؛ کما هو مقتضی تعمیم المصنف و غیره للعموم، و بناؤه فی غیر ذلک علی دخوله فی العقود الجائزه و عدمه.

فعن الشـیخ و القاضـی و الحلی: دخوله فیما سـمعته عن الشافعی استنادا إلی العموم المقتضی اطراده فی کل عقد جائز، و یقتضیه إطلاـق المتن و الغنیه و الإرشـاد و القواعـد و الـدروس، و منعه العلاـمه فی المختلف و التحریر و الکرکی و الشـهید الثانی، و قد سمعت نفی الباس عنه فی التذکره لعدم تأثیر الشـرط فی الجائز بالأصل، و یضـعف بعدم اشتراط التأثیر فی الشـروط، فان منها ما یؤکـد مقتضـی العقـد، فإن أرید خصوص المؤثر هنا عاد النزاع الی اللفظ، علی أنه قد یؤثر فیهما لو لزم الجائز کالهبه بالتصـرف مثلا، فان له الفسخ حینئذ بالشرط، و کذا

المعاطاه لو كان التصرف من ذى الخيار. فتأمل هذا. و قد علم مما ذكر، حكم الشرط فيما اختلف فى لزومه و جوازه كالسبق و الرمايه، أو يلزم من أحد الطرفين دون الأخر كالرهن، و استشكل فى التحرير جوازه من الراهن و إن لزم العقد من جهته، لان الرهن وثيقه الدين، و الخيار ينافى الاستيثاق، و رد يمنع المنافاه، فإن الاستيثاق فى المشروط بحسب الشرط، فتحصل من جميع ذلك أنه لا يثبت فى النكاح و الوقف خاصه من العقود.

و كذا لا يثبت فى الإبراء و الطلاق و فى الإقاله ما ستعرف و العتق من الإيقاعات إلا على روايه شاذه(۱)لا يلتفت إليها كالقول بها بعد الإجماع فى المحكى عن المبسوط على الأخيرين، و فى المسالك على الأولين، و عن الحلى نفى الخلاف فى الثالث الذى ينافى اشتراط الخيار فيه اعتبار القربه أيضا بناء على المنافاه، كما أنه ينافيه فى الثلاثه، انها من الإيقاعات لا العقود، و لذا احتج- فى المحكى عن السرائر- على عدمه فى الثانى بخروجه عن العقود، و مقتضاه اطراد الحكم فى الجميع، و عدم اختصاصه بالثلاثه، كما يوهمه الاقتصار فى المتن و غيره عليها، و لعلها كذلك، لابتناء الإيقاع على النفوذ بمجرد الصيغه فلا يدخله الخيار، و المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه

الصحيح «من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز على الذى اشترط عليه»

فلا يتأتى فى الإيقاع المتقوم بالواحد، و قد يلحق بالطلاق الإقاله بناء على عدم تعقل العود بعد الفسخ من غير سببه و فيه بحث، سيما بعد إطلاقهم دخوله فى العقود بناء على أنها منها، و سيما بعد حكمهم فى الشفعه، بقابليه الإقاله للفسخ، كالبحث فى إلحاق الكتابه المطلقه به فى التحرير؛ و عن التذكره و ان كنت لم أتحققه فيما حضرنى من نسختها، و دعوى أن الحر لا يعود رقا لا دليل عليها على الإطلاق، بحيث يشمل الحريه المتزلزله كما فى جمله من المقامات المذكوره فى كتاب العتق و غيره و حينئذ، فتفرع على ذلك فروع جليله لا تخفى بأدنى تأمل.

منها- حكم المال الحاصل له فى زمن الحريه إذا عاد إلى الرقيه، أما المشروطه ففى جامع المقاصد دخوله بالنسبه للمولى قال: «و فى العبد قولان اختار الثبوت الشيخ،

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

و العدم المصنف فی التحریر، نعم قد یلحق بالطلاق الخلع و المباراه» و فی التذکره و جامع المقاصد دخوله فی القسمه سواء کان فیها ردا أولا، و فیه بحث أیضا. ثم إن الظاهر دخول خیار الشرط بجمیع أقسامه کخیار المؤامره و رد الثمن و نحوهما، لکن فیما یتصور فیه ذلک کعقود المعاوضه، للعموم المقتضی عدم الفرق فیه بین البیع و غیره، و احتمال قصرهما علی البیع- للدلیل و الا فلا یجوز للجهاله- ضعیف جدا کما هو واضح. و أما الغبن فثبوته فی سائر عقود المعاوضه بناء علی أن مدرکه حدیث الضرار(۱)- متجه.

[المسأله الثانیه التصرف یسقط خیار الشرط]

المسأله الثانیه التصرف من المشتری فی المبیع یسقط خیار الشرط له کما یسقط خیار الثلاثه بلا خلاف معتد به أجده فیه، بل فی الغنیه و جامع المقاصد و محکی الخلاف و کنز الفوائد الإجماع علیه، و هو- بعد شهاده التتبع له- الحجه مضافا الی ما عن الشیخ و القاضی من ورود الأخبار من طریق الأصحاب بذلک محتجین بها علیه، و کفی بهما ناقلین، و الی دعوی الأولویه، فإنه متی سقط به الخیار الأصلی کالحیوان، فالشرط أولی، و إن کان فیها ما فیها، کدعوی العموم من العله المنصوصه فی الصحیح (۲)فی خیار الحیوان، ضروره أن الفاء فیه رابطه، لا تعلیلیه، نعم بعد تعذر إراده الحقیقه من الحمل فیه، وجب حمله علی اراده دلالته علی الرضا، و حینئذ لا تفاوت بین الحیوان و غیره، ضروره اعتبار ما دل علیه من الافعال و الأقوال، و المناقشه فیما لم یصل الی حد العلم فی الأول، یدفعها حینئذ هذا الصحیح و غیره، و احتمال قصره علی خصوص الحیوان کما تری.

و علی ذلک عول من قید السقوط بالتصرف بما إذا لم یکن للاختبار و نحوه فیما علم عدم اراده الالتزام به، بل المتجه حینئذ أن ما

کان ظاهره ذلک کذلک أیضا بل ینبغی عدم السقوط بالمشکوک فیه.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخیار الحدیث ۳- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار. الحدیث ۱.

و من هنا وقع خبط فی کلام بعض المتأخرین، و ربما مال بعض متأخریهم إلی دعوی ما سمعته فی الحیوان من أصاله الدلاله فی التصرف حتی یعلم العدم، جمعا بین ما دل علی السقوط به و بین خبر الأمداد(۱)و نحوه مما یقضی بعدم السقوط به، إلا أن الجمیع کما تری، مناف لإطلاق الفتاوی و معقد بعض الإجماعات السابقه، و ما ذکروه فی مسقطات الخیار من عد التصرف قسما آخر مقابلا للرضا، و لیس فی

قوله علیه السلام «فذلک رضا منه»

ظهور فی أن السقوط بالتصرف للدلاله، خصوصا مع ملاحظه کون الفاء فیه رابطه للشرط لا تعلیلیه؛ و أن بیان الدلاله لیس وظیفه الشارع، لاختلافه باختلاف الأزمنه و الأمکنه و الأحوال، فیمکن اراده قیامه مقام الرضا فی الإسقاط، بل یمکن دعوی أنه المنساق من أمثاله، أو إراده أنه بعد إقدامه علی المسقط شرعا و فعله فهو رضا منه بالالتزام إذا کان عالما بأنه مسقط متنبه له، و کان الإطلاق لغلبه العلم بالحکم الشرعی، و عدم معذوریه الجاهل و ندره الغفله و السهو، فالقول بأنه مسقط تعبدا مطلقا لا یخلو من قوه، و تعدیته لغیر الحیوان بالإجماع المحکی عن الخلاف ان لم یکن المحصل، و ظهور عدم

اراده خصوص المورد فی الصحیح (۲)و غیره و حینئذ لا ینبغی التوقف فیه هنا، بل و لا فی سقوط خیار البائع بالتصرف فی الثمن کما صرح به جماعه و علم من رأی الباقین لذلک، و لعدم الفرق بین العوضین، و خبر ابی الجارود(۳)- القاضی بعدم سقوط خیار البائع فی التصرف بالثمن فی خیار الرد- محمول علی ما عرفت سابقا من کون التصرف فیه قبل تحقق الخیار، لأنه إنما یحصل بعد الرد کما عرفته سابقا، و المدار حینئذ علی صدق الحدث فیه ناقلا کان أو غیر ناقل.

نعم قد یتوقف فی الحدث فیه خطا- بل أو غفله أو نسیانا أن فیه الخیار أو

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

لظن أنه الخالى منه- من صدق اسم الحدث فيه، و من أن المنساق من قوله «أحدث فيه حدثا» قصد الأحداث فيه، خصوصا بعد ان لم يكن عمومه لغويا، و قد يؤيده فى الجمله عدم سقوط خيار الغبن بالتصرف غير الناقل إذا لم يعلم بالغبن، و لكن لا يخفى عليک الفرق عرفا بين الحدث خطأ و بين الغفله و النسيان، فهو من ذى الخيار مسقط لخياره، من غير فرق بين الاختيار و غيره، و خبر رد الأمداد مع الشاه(۱)القاضى بعدم سقوط الخيار بالحلب، مع الطعن فى سنده و شذوذه، و عدم ظهوره فى الرد بالخيار بل قد يظهر منه عدمه، و منافاته لما دل على أن النماء فى زمن

الخيار للمشترى،- يمكن القول بأن استخراج الحليب الذى هو ملكه ليس إحداثا فيها، كما أن اشتراط بيع ما فيه الخيار بالإيجاب قبل البيع فى خبرى الحلبى و السكونى الآتيين (۲)من الشواذ التى لم يعمل بهما احد فيما اعلم.

و من ذلک كله يظهر لک ما فى جامع المقاصد و المسالک و الرياض و غيرها، فلاحظ و تأمل. نعم قد يتوقف فيما ذكره غير واحد- بل نسبه بعض الأساطين إلى الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه، بل فى الغنيه نفى الخلاف عنه- من الفسخ بتصرف كل منهما فيما انتقل عنه، إذا لم يكن دالا على اراده الفسخ فضلا عما علم منه عدم الدلاله أو كان ظاهرا لعدم الدليل إن لم يكن إجماعا على الحاقه بالتصرف الملزم بناء على السقوط به تعبدا، و دعوى الدلاله عليه- كدلالته فى المنتقل اليه على الإمضاء- يدفعها ما عرفت من عدم دوران السقوط فى المقيس عليه على الدلاله، و ليس فى الأدله، ما يقتضى التعبد هنا، بل ليس فيها ما يقضى باعتبار غير مقطوع الدلاله عليه من الأفعال، إلا فحوى ما دل عليه فى الإمضاء، و يمكن منعها إن لم ترجع الى التنقيح و منعه لعدم المنقح إن لم يكن إجماعا كما هو مفروض المسأله.

و أما الاستدلال عليه- بأن هذا التصرف لو لم يكن فسخا لكان ممنوعا منه شرعا

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب الخيار الحديث ۱- ۲.

لمصادقته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد، و الأصل فى تصرفات المسلمين وقوعها على الوجه السائغ الصحيح فيكون فسخا- كما ترى، ضروره عدم انحصار وجه الصحه فى ذلك، و لا يتم فى إجراء العقد خاصه عليها، و كون الفضولى على خلاف الأصل، لا ينافى قدحه فى الدلاله على أن المراد الفسخ به تعبدا كالامضاء، فلا تتنقح دلالته على اراده عدم الفسخ به.

نعم لا بأس بذكر هذا الأمور مؤيده بعد دعوى الإجماع على الفسخ بكل ما لو وقع فى المنتقل اليه كان اجازه و يكون هو العمده حينئذ، لكن فى فساد التصرف لو كان بيعا و نحوه، و صحته وجهان، بل قولان ينشأن من حصول الملك به، فلا يحصل شرط الصحه الذى هو سبق الملك، و من أن الفسخ يحصل بالقصد المقارن للتصرف، فيتقدم و يحصل الشرط، و هو الذى اختاره الكركى و عليه فرع جواز الوطء له، و فيه أنه حصل بالقصد لا بالفعل كما هو المفروض، بل لا بد من الالتزام فى البيع و نحوه، كون وقوع تمام الصيغه الذى يحصل به مسمى التصرف، شرطا كاشفا عن حصول الانفساخ قبله آنا ما، و هذا و ان ارتكبناه فى غير المقام، الا أنه لمكان الدليل المخصوص الدال على الصحه، و الحصر طريق الجمع بينه و بين ما دل على اعتبار سبق الملك بدعوى التقدم الذاتى، بخلاف المقام الذى لا يتوقف الحكم بالفسخ على صحه التصرف، بل يكفى و لو كان فاسدا اى لم يترتب عليه أثره، هذا إذا كان التصرف بالبيع و نحوه.

أما إذا كان بالانتفاع كاللمس و التقبيل و الوطى و نحوهما، فيمكن القول بحصول الفسخ بها، و أنه مقارن للدخول فى الملك من غير اثم، تحكيما لما دل على أن له الفسخ بأى فاسخ، يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دل على حرمه التصرف فى مال الغير، بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرف، خصوصا مع خفاء اندراج هذا الفرد، فزمان الفسخ حينئذ و الدخول فى الملك و اللمس واحد. و لا بأس به. فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع.

و ربما ظهر من الدروس التردد فی الجواز، بل صریح التحریر الحرمه، و هو ضعیف لما عرفت، بل یمکن القول به فی البیع و نحوه، بناء علی منع اعتبار سبق الملک فیه و نحوه لعدم الدلیل، بل مقتضی إطلاق الأدله خلافه، و

قوله علیه السلام «لا بیع إلا فی ملک»(۱)

لا- یقتضی أزید من اعتبار أصل الملک فی البیع، علی وجه یشمل المقارن فی مثل الفرض لا أقل من الشک، و قد عرفت أن مقتضی الإطلاق الصحه فی مثل الفرض الذی هو من باب ترتب المعلولات الغیر المتنافیه بعللها، و ان کانت العله فی وجود الجمیع واحده، فیترتب حینئذ علی التصرف الفسخ، المقتضی لعود الملک للفاسخ المقتضی لانتقاله عنه إلی المشتری، المقتضی للانعتاق لو فرض کونه أبا له.

و ربما یؤیده ما ذکروه فی الوکاله، من حصول عقدها بالقبول فعلا- من الوکیل، بأن یفعل ما و کل فیه من تزویج أو بیع أو نحوهما، فإن الوکاله و البیع حصلا بعله واحده، و الظاهر عدم زیاده اعتبار الملک فی مضی البیع علی اعتبار الوکاله فیه، فان بیع الوکیل و المالک سواء فی ذلک، و بالجمله لا مانع من تسلسل العلل المترتب علی کل منها معلولها، و إن اتحد العله الأولی معها، نعم لا یعقل حصول المعلولات المتنافیه لعله واحده کما هو واضح، و مما یؤکد المقام ظهور إراده القائل بکون البیع مثلا فاسخا الصحیح منه، لا الفاسد الذی یکون فسخه من الدلاله علی ارادته، لا أنه فسخ بالتصرف، بل هو صریح استدلالهم علی الفسخ بأصاله الصحه فی العقد. و الله العالم.

و لو کان الخیار لهما و تصرف أحدهما فیما انتقل الیه من المبیع أو الثمن سقط خیاره بائعا کان أو مشتریا و سواء کان التصرف جائزا کالانتفاع بغیر الوطی أو غیره کالوطی و نحوه، إذ لا تلازم بین حصول الالتزام و حلیه التصرف، إذ لا ریب فی صدق اسم الأحداث فی العین و ان کان حراما، لأن الإثم حکم شرعی لا مدخلیه له فی صدق الاسم کما صرح به فی الدروس.

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث ۱.

نعم قـد يتوقف فى صـدق الأحـداث بالبيع و نحوه، بناء على عـدم نفوذه على الخيار للآخر، بل لعل صـدق عـدم الأحـداث عليه اولى، خصوصا بعد تفسير الأحداث فى الصحيح (۱)بمثل التقبيل و

اللمس، و احتمال كون التهيأ للصحه و لو بالإجازه إحداثا بعيد.

و لكن التحقيق الجواز فى الجمع من غير فرق بين العتق و غيره «لأن

«الناس مسلطون على أموالهم»(۲)

و لم يثبت مانعيه تعلق حق الخيار، و ليس فيه إبطال لحق صاحبه، لانتقاله إلى القيمه حينئذ أو المثل، أو أن له التسلط على فسخ العقـد الأخر على اختلاف الوجهين أو القولين الـذين أقواهمـا الأول، لإطلاق مـا دل على اللزوم، و انقطاع الملك الحاصل له بالعقـد الأول بمـا وقع له من العقـد الثانى، فيقع الفسخ من ذى الخيار على ما ليس بملك له، إلا أنه لما كان الحق متعلقا بالعقد الـذى وقع على العين التى نقلهـا الشارع إلى القيمه أو المثل، فالفسخ يفيـد انتقالها إليه كما لو تلف، و لا فرق بين الوطى و غيره من الانتفاعات كما هو ظاهر المحكى عن المبسوط و صريح التحرير، و احتمال الحبل- فتكون أم ولد فيمتنع رد عينها بعد تسليم امتناع الرد به كمـا هو الأصح- غير صالح لتخصيص مـا دل على تسلط النـاس على أموالهم، و إلا لامتنع الانتفاع بها فى غيره، لاحتمال التلف به أيضا، كما أنه لا فرق بين العتق و غيره، و بناؤه على التغليب غير صالح للفرق هنا بعد ما عرفت.

و من ذلك كله ظهر لك ما فى كلام الفاضل فى القواعد فإنه جزم بعدم نفوذ بيع المشترى و وقفه و هبته إذا كان الخيار لهما أو للبائع

إلا بإذن البائع، و استشكل فيه فى العتق و جزم بجواز الوطى له، كباقى وجوه الانتفاع تاره، و تردد فيه بالخصوص من بينها أخرى، بل و الشهيد فى الدروس حيث أطلق التردد فى جواز تصرف المشترى إذا كان الخيار مختصا بالبائع، و فى تصرفه أيضا، و البائع مع اشتراك الخيار بينهما، إذ لا إشكال

۱- ۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب الخيار الحديث ۱ و ۳.

۲- ۲ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحديث.

فی جواز تصرف المشتری إذا لم یکن وطیا و لا ناقلا.

و کیف کان فالتحقیق ما عرفت، و یؤیده فی الجمله ما سلف لهم فی الغبن من صحه التصرف، و انتقال ذی الخیار إلی المثل أو القیمه، و احتمال الفرق- بفرض کلامهم هناک فی التصرف مع الجهل بالخیار- غیر مجد، لان الظاهر تعلق الخیار فیه حال العقد و إن لم یکن معلوما، فلو کان حق الخیار مانعا، أبطل التصرف و إن کان المتصرف جاهلا و هو واضح.

ثم إنه علی کل حال یسقط خیار المشتری بالوطی و إن أثم کما عرفت؛ و لو فسخ البائع بعد الاستیلاد انتقل إلی القیمه عندنا، و عن الشیخ و القاضی أنه یرجع بقیمه الولد و العقر، و هو جید بناء علی عدم الانتقال إلا بعد انقضاء الخیار و کان الوطی شبهه، لکن ستعرف ما فی المبنی علیه.

و لا فرق فیما ذکرنا بین اشتراک الخیار بینهما و اختصاصه بأحدهما، فللبائع التصرف فی ثمنه و إن کان الخیار مختصا بالمشتری کالعکس، و لو تصرف کل منهما أو أحدهما فیما انتقل عنه کان فسخا کما عرفت، و لو کان الخیار لأحدهما و نقلهما معا دفعه ببیع و نحوه بطل، للتدافع بین الفاسخ و الملزم من الشخص الواحد، و الظاهر البقاء علی أصل الخیار، و احتمال تقدیم الأول أو الثانی هنا ضعیفان، و ان جزم بالأول فی التحریر و لو کان التصرف فیهما من غیر ذی الخیار وقف علی الإجازه، بناء علی جریانها فی نحو حق الخیار و مع حصولها لهما معا یسقط الخیار، و له- علی اشکال- إبطال التصرف فی المنتقل الیه و اجازه الأخر مع إبقاء حق الخیار و الرجوع بالقیمه حینئذ، و لیس له إبقاؤه مع اجازه التصرف فی ماله، و لو کان الخیار مشترکا بینهما فتصرف المشتری مثلا فیهما ففی القواعد «صح ما تضمن الفسخ من التصرف، بخلاف الأخر الذی فیه ابطال حق البائع» و فیه أولا أنه لا یتم علی المختار، و ثانیا- أنه و إن کان باطلا بناء علی منع حق خیار البائع الا- أنه یحصل به الالتزام و سقوط الخیار، کما صرح به فی التحریر و جامع المقاصد فی غیر المقام فیتدافع حینئذ مع ما یقتضی الفسخ المتوقف صحته علی عدم الالتزام؛ فالأقوی اتحاد

الحكم فيها مع الاولى. و الله اعلم، و لو أذن أحدهما بالتصرف فيما انتقل اليه و تصرف الأخر فيما انتقل إليه أيضا سقط خيارهما قال فى الشرح: «أما خيار المتصرف فواضح، و اما الاذن فوجه سقوط خياره دلاله الإذن على الرضا، فيكون التزاما من البائع بالبيع، و اما من المشترى فلان تصرف البائع يبطل البيع؛ فلا يبقى لخيار المشترى أثر، و لو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره.

و فى بطلان خيار الآذن نظر من دلالته على الرضا المزيل لحقه، و من عدم منافاه الرضا بزوال الخيار، لان غايته قبل وقوعه أن تكون الإزاله بيده، و هى لا تقتضى الزوال بالفعل، و أطلق جماعه كونه مبطلا، و عدم البطلان أوضح. و لو كان التصرف غير ناقل للملك، ففى إبطاله الخيار الآذن نظر، لعين ما ذكر» و فيه- بعد تسليم اراده كون التصرف و الإذن فى المبيع من كل منهما من العباره و ما ضاهاها- أن الإذن فيما إذا كان المتصرف البائع لا مدخليه لها، ضروره استناد الفسخ حينئذ إلى تصرف البائع، أذن له المشترى أو لم يأذن؛ أما الثانى فواضح، كالأول مع فعل المأذون، بل لعله كذلك و إن لم يفعل، لدلاله الإذن بفعل الملزم، على إراده الالتزام و إسقاط الخيار، بل لعل نفس الاذن بالتصرف من الإحداث فيه، و يحتمل العدم، لمنع الدلاله فى الأول، للفرق بين إنشاء الالتزام، و بين اراده ما يحصل به الالتزام، و صحه السلب فى الثانى، و كأنه لا يخلو من قوه خصوصا مع ملاحظه استصحاب الخيار.

و فى تعليق الإرشاد «و اعلم أن مجرد الإذن فى هذه التصرفات من دون فعل لا يكون اجازه و لا فسخا كما هو مصرح به فى كلامهم» قلت: و من ذلك ينقدح الإشكال فى الالتزام بالعرض على البيع، إذ هو أعم من إنشاء الالتزام، لإمكان حصوله مع التردد فى الفسخ و الإجازه، و دعوى الظهور فى الالتزام ممنوعه، على انه- بعد التسليم- مبنى على حجيه ظواهر الافعال فى مثل ذلك، و إن كان قد يؤيد القول بها

هنـا الإجمـاع على سـقوطه بالتصرف الـذى هو غير قـاطع، لكنه لا يتم بناء على أن السـقوط به تعبـدى، لا من حيث الـدلاله كما سمعت قوله فيما تقدم.

نعم يمكن الاستدلال على الالتزام بالعرض ب

خبر السكونى (۱)«فيمن اشترى ثوبا بشـرط، فعرض له ربح فأراد بيعه؟ قال: فليشهد أنه قد رضيه و استوجبه، ثم ليبعه إن شاء، فان اقامه بالسوق و لم يبعه فقد وجب عليه البيع»

و هو- مع اشتماله على مـا لاـ يقول به، من اشتراط بيع ذى الخيار، بالاستيجاب قبل البيع- يمكن منع دلالته، لاحتمال إراده إقامه المسـتوجب فى السوق منه، فيكون حاصـله أنه مع الاستيجاب يسقط الخيار إن لم يبعه، و متى قام الاحتمال، بطل الاستدلال، بعد منع الظهور فلاحظ و تأمل.

ثم لا يخفى عليك أن ذلك كله يجرى فى الاذن بما يقتضـى الفسخ، و العرض الذى يقتضيه أيضا، و لو أذن أحدهما للآخر فى نقل ما انتقل اليه- بناء على عـدم الجواز مع تعلق حق الخيار، و فعل المأذون- سـقط خيار المتصـرف قطعا، و أما الإذن فقـد جزم الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهما بالسقوط أيضا بل قد

يظهر من التذكره الإجماع عليه، و علله فى الجامع بعدم إمكان فسخ العقد الواقع باذنه، قال: «أما إذا لم يبع ففى كون مجرد الإذن إجـازه إشـكال، و مثله الإـذن فى سـائر التصـرفات الغير النـاقله للملک» قلت: يظهر وجه الإشـكال فى الأول مما ذكرناه أولا، لأن مرجعه إلى أن الاذن فى الملزم ملزم أولا، و قد سـمعت الكلام فيه، إلا أنه غير جار فيما ذكره من التصـرفات الغير الناقله التى هى إذا وقعت إنمـا تلزم بالنسـبه إلى المتصـرف، فالإـذن فيه لا يسـتفاد منه التزام الآذن بوجه من الوجوه، إلا إذا كان المراد من الإذن رفع ما حصل بسببه المنع اى الخيار، و حينئذ لا ينبغى التوقف فى السقوط. و إن لم يفعل

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

المأذون، الا أن فی دلاله الإذن بالتصرف- خصوصا إذا کان خاصا علی ذلک- منعا واضحا.

اللهم الا أن یدعی أن حجر الخیار لا یرتفع شرعا مع بقائه، فالإذن فی أی تصرف تستلزم رفعه، و هو أوضح منعا، و کان الوجه- فی الالتزام بالإذن بالتصرف الناقل مع وقوعه- أن حق الخیار متعلق بالعین و هو الذی أذن فی نقلها، و الأصل برأیه الذمه من الانتقال الی المثل أو القیمه، و ینبغی أن یلحق به الإذن بالوطی المتعقب للاستیلاد، بل کل تصرف یمنع من الرد، و فی إلحاق الاذن فی النقل المتزلزل کالبیع بالخیار و الهبه إشکال، قد یظهر من التذکره الأول و أنه متفق علیه بیننا.

و من ذلک کله یظهر لک ما فی جامع المقاصد و المسالک و غیرهما فلاحظ و تأمل. کما أن منه یظهر وجه النظر فیما ذکره العلامه الطباطبائی فی مصابیحه من وجوه قال: «و کما یسقط الخیار بالتصرف فکذا بالإذن فیه کما فی الشرائع و التذکره و القواعد و الإرشاد و التنقیح لدلالته علی الالتزام فی المنقول عنه، و الفسخ فی المنقول إلیه، فإن تصرف المأذون سقط خیارهما و الا فخیار الآذن، و استشکله المحقق الکرکی و الشهید الثانی و غیرهما، لعدم ظهور الدلاله، و لان التمکن من الإزاله غیر الزوال بالفعل؛ و یضعف بأن مقتضی الاذن رفع الحجر من قبل الآذن، و لا مانع غیر الخیار فیرتفع بالإذن، و لا یتوقف علی وجود التصرف، و إلا لکان السقوط بالتصرف المأذون فیه، دون الاذن، کما اعترفوا به، فان الآذن لم یوجد منه سوی الإذن، فان لم یسقط الخیار به لم یسقط بالتصرف الذی هو فعل غیره» فتأمل جیدا.

و الظاهر ان التصرف من المتعاقدین لا یسقط خیار الأجنبی، بل و لا خیار المؤامره قبل الأمر بالفسخ، للأصل، و لا خیار تأخیر الثمن قبل الثلاثه إذا فرض إمکانه قبل القبض علی اشکال.

[المسأله الثالثه إذا مات من له الخیار انتقل الی الوارث]

المسأله الثالثه: إذا مات من له الخیار انتقل الی الوارث من أی أنواع الخیار

كان بلا خلاف معتد به، بل ظاهر هم الإجماع، بل عن بعضهم دعواه صريحا،

للنبوى (۱)المنجبر بالعمل «ما ترك ميت من حق فهو لوارثه»

المؤيد بعموم غيره كتابا(۲)و سنه(۳)و ما فى القواعد من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت- فيما لو مات أحدهما، لأولويه مفارقه الدنيا من مفارقه المجلس- ليس خلافا فى المسأله عند التأمل، على أنه فى غايه الضعف، ضروره إراده التباعد بالمكان الظاهر فى الجسم من الافتراق، لا فى الروح التى لم يعلم مفارقتها للمجلس، فلا ريب حينئذ فى انتقاله الى الوارث.

نعم فى القواعد «إن كان الوارث حاضرا فى المجلس امتد الخيار ما دام الميت و الآخر فى المجلس، و إن كان غائبا امتد الى أن يصل اليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميت، و هل يمتد بامتداد المجلس الذى وصل فيه الخبر؟ نظر» و فيه أنه إذا سقط اعتبار الميت امتنع الحكم ببقاء الخيار، لانتفاء متعلقه، و هو عدم تفرق المتبايعين، بل الحكم ببقائه دعوى لا مستند لها، و أبعد من ذلك امتداده بامتداد المجلس الذى وصل فيه الخبر الذى هو ليس مجلس البيع، خصوصا مع تعدد الوارث القاضى بمراعاه مجلس كل واحد منهم، بل إما أن يجعل على الفور أو على التراخى، و من ذلك يعلم ما فى المسالك قال: «و لو كان الوارث غائبا عن المجلس، ففى ثبوته له حين

بلوغه الخبر فوريا، أو امتداده بامتداد مجلس الخبر، أو سقوط الخيار بالنسبه إلى الميت، أوجه» نعم ما فيها أيضا من أنه لو قيل بثبوت الخيار للوارث إذا بلغه الخبر و امتداده الى أن يتفرق الميت و مبايعه كان وجها جيدا، بناء على اعتبار الميت حال حضور الوارث فى المجلس، و أقرب من ذلك كله- و إن لم أجد من ذكره- ثبوته للوارث مطلقا، للأصل

۱- ۱ لم نعثر على هذه الروايه فى كتب الأحاديث من العامه و الخاصه بعد الفحص عنها فى مضانها و ان استدلوا بها فى الكتب الفقهيه كالرياض و مفتاح الكرامه و غيرها.
۲- ۲ سوره البقره الآيه ۱۸۰ و سوره النساء الآيه ۷.
۳- ۳ الوسائل الباب من موجبات الإرث.

بعد تعذر حصول الافتراق الاختيارى بين البيعين، كما عرفته مفصلا فيما لو أكره أحدهما على الافتراق، و أنه لا يسقط خيار المكره و الآخر أيضا و إن فارقه اختيارا فلاحظ و تأمل، فلا حاجه حينئذ إلى اعتبار تفرق الوارث، و أنه على تقديره لو فارق أحد الورثه لم يؤثر، لعدم صدق افتراق المتبايعين، نظرا الى قيام الجميع مقام الموروث، مع احتماله أيضا نظرا إلى ثبوت الخيار لكل من الوارث على جهه الاستقلال، فافتراقه يؤثر فى سقوط خياره، الا انه لو فسخ الآخر مضى عليه، كما لو تعدد ذو الخيار، و لا ينزل على حصته لعدم إشاعه حق الخيار فى العين؛ و لذا لم يجز للمورث أن يفسخ فى البعض، و ليس للوارث، إلا ما كان للمورث.

و من ذلك يتضح لك الحال فى كل خيار ورثه متعددون، و أنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم، لانه لما علم عدم قابليه الخيار للتوزيع فى نفسه- ضروره عدم معقوليه نصف الخيار و ربعه مثلا، و عدم تبعيته أيضا قسمه العين، لما عرفت من عدم الإشاعه، و كان يمكن إبقاء النبوى و غيره مما دل على انتقال الحق كان لكل واحد من ورثته على ظاهره لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذى لا بد من تنزيل نحو ذلك فيه على اراده الاشتراك، لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث- اتجه القول بثبوته حينئذ لكل واحد منهم، و أنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم، كذوى الخيار فتأمل جيدا فإنه دقيق.

ثم لا يخفى أنه لا فرق فى إرث الخيار بين حصوله فعلا للميت، و بين حصول سببه، فينتقل خيار التأخير، و إن مات البائع فى الثلاثه، كخيار رد الثمن و خيار الشرط بعد شهر مثلا و نحو ذلك، إذ هو حق أيضا ينتقل بالإرث كخيار المؤامره، فإذا مات المستأمر بالكسر انتقل حقه لورثته، اما المستأمر بالفتح فالظاهر عدمه، لظهور إراده المباشره من اشتراط استئماره، و لانه لا حق له عند التأمل، إذ لزوم العقد عند أمره بالالتزام لأصاله اللزوم فى العقد، و لا يجب اتباع أمره بالفسخ، و إن كان للمستأمر بالكسر الفسخ

عنده، إلا أن ذلك يقضى بكونه حقا له، لا للمستأمر بالفتح كما هو واضح.

بل لا يبعد ذلك فى المشترط له الخيار إذا كان الشرط على جهه المباشره، فإذا مات لم ينتقل لورثته، لسقوط الحق بعد فرض اشتراطها بموته، و ليس ذا شرطا لعدم الإرث كى يكون باطلا، بل يمكن رد اشتراط عدم الإرث إليه فى بعض الأحوال فيصح.

أما اشتراط الخيار للأجنبى لا على جهه المباشره، فقد يقوى انتقاله أيضا الى وارثه لإطلاق النص و الفتوى و به صرح الفاضل فى التحرير خلافا له فى القواعد، و دعوى أنه انما يورث تبعا للمال لا شاهد عليها، بل يكفى فيه تعلقه بالمال كالشفعه، بل قد يورث ما لا تعلق له بالمال؛ كحق القذف و يقرب منه حق القصاص.

و من ذلك يظهر لک قوه القول بإرث الزوجه غير ذات الولد، للخيار فيما إذا اشترى أرضا و له الخيار، أو باعها كذلك، و إن استشكل فى أحدهما الفاضل فى القواعد على أن حق الخيار فى الثانى منهما قد تعلق بالثمن الذى انتقل إليها بالإرث، فيتبعه الخيار، و إن كان لو فسخت حرمت، الا أن ذلك لم يثبت مانعيته من الإرث، كعدم ثبوت اشتراط إرثه بالتبعيه لعين، فلها أن تفسخ فى الأول أيضا و ترث من الثمن. و الله أعلم بحقيقه الحال.

و لو جن ذو الخيار قام وليه مقامه كما فى غيره من أمواله و حقوقه و يجرى فى خيار المجلس ما يقرب مما سمعته فى الموت، و فى المسالك و مثله ما لو خرس و لم يمكنه الإشاره المفهمه و الا اعتبرت إشارته كاللفظ و على كل حال ف لو زال العذر لم ينقض تصرف الولى الجامع لشرائط الصحه التى منها مراعاه الغبطه و المصلحه، أو عدم المفسده على ما هو محرر فى محله.

و لو كان الميت الذى له الخيار مملوكا مأذونا ثبت الخيار لمولاه إذا كان البيع أو الشراء للمولى، إذ ذلك له قبل موته ضروره تبعيته للمال.

أما لو فرض ثبوته للعبد نفسه، كما لو اشترط مثلا فالأقرب عدم انتقاله

للمولی کما سمعته فی الأجنبی و لو کان ذلک فی ماله، و لو کان البیع لأجنبی و شرط الخیار للعبد ففی التحریر هو للمولی أیضا علی اشکال، قلت: لعله من عدم الدلیل علی ثبوت کل ما للعبد حتی الفرض للمولی، و فیه أن الآیه(۱)و غیرها مما استدل به علی ذلک یشمل الأموال و الحقوق، فلا یبعد حینئذ انتقاله للمولی حال الحیوه، فضلا عن الموت، بل لعل ذلک هو المدار فی الانتقال بالموت، و منه حینئذ یظهر أنه لا مدخلیه للموت فی ذلک، إذ فی مصابیح العلامه الطباطبائی الإجماع علی أن الحر لا یرث العبد، و فی

الصحیح المروی (۲)بطرق متعدده عن ابی جعفر و ابی عبد الله علیهما السلام «أنه لا یتوارث الحر و العبد»

کما أن منه یظهر ما فی القواعد أیضا قال:

«و لو کان المیت مملوکا مأذونا فالخیار لمولاه و لو شرط المتعاقدان الخیار لعبد أحدهما ملک المولی الخیار، و لو کان لأجنبی لم یملک مولاه، و لا یتوقف علی رضاه إذا لم

یمنع حق المولی، و لو مات لم ینتقل الی مولاه» فتأمل و الله أعلم.

[المسأله الرابعه المبیع یملک بالعقد لا بانقضاء الخیار]

المسأله الرابعه المشهور نقلا و تحصیلا بل فی التذکره الإجماع علی أن المبیع یملک ه المشتری فی زمن الخیار بالعقد کالمحکی عن ابن إدریس نسبته إلی الأصحاب مشعرا بدعوی الإجماع علیه، و یؤیده تعریف الفقهاء البیع بنقل الملک؛ أو انتقاله، أو الإیجاب و القبول الناقلین للملک، و اتفاقهم علی کونه من الأسباب المملکه، و ثبوت الخیار الظاهر فی التملک و جواز التصرف بالمستلزم له.

و قیل و القائل ابن الجنید فی المحکی عن ظاهره و ابن سعید فی جامعه به و بانقضاء مده الخیار مع عدم الفسخ، و جعل الشیخ الافتراق فی کتابی الأخبار شرطا فی استباحه الملک. بل صرح فی الاستبصار منهما باشتراطه فی صحه العقد، و کلامه فی النهایه لا یأبی التنزیل علی المشهور کالمقنعه، بل عن الشهید احتماله أیضا فی کلامه فی الخلاف، إلا

۱- ۱ سوره النحل الآیه ۷۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب موانع الإرث الحدیث ۱ و ۵.

أنه بعيد، قال فيه: «العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول، فان كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، و إن كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط. فان كان الشرط لهما أو البائع فإذا انقضى الخيار ملك المشترى بالعقد المتقدم، و إن كان الخيار للمشترى وحده زال ملك البائع بنفس العقد. لكنه لم ينتقل إلى المشترى حتى ينقضى الخيار، فإذا انقضى ملك المشترى بالعقد الأول» و ذكر اللزوم أولا- و معروفيه بقاء الملك بلا مالك، لأبى حنيفه، و مالك، لا يقتضى بإراده اللزوم من الملك المستلزمه لبطلان التفصيل حينئذ.

نعم كلامه فى بيع المبسوط لا يأبى التنزيل عليه، بل ما ذكره فى كتاب الفلس منه ظاهر فى ذلك إن لم يكن صريحا. و سلار و إن كان قد جعل تفرق المتبايعين شرطا، لكنه قال: «و لو تقابضا و لم يفترقا بالأبدان كان البيع موقوفا، كما أن أبا الصلاح نص فى المحكى عنه على أنه شرط فى الصحه» ثم قال: «و اعتبرنا الافتراق بالأبدان لتوقف مضيه عليه» و كيف كان فالذى تحصل من كلام الأصحاب أقوال ثلاثه، المشهور، و التوقف على انقضاء الخيار، و التفصيل بين خيار المشترى وحده؛ و غيره فيخرج عن ملك البائع فى الأول دون غيره، و لا ريب فى أن الأول أظهر و أصح لصدق التجاره عن تراض قبله، و عدم معقوليه غير ترتب الأثر من التحليل للبيع الصادق عليه قبل انقضاء الخيار قطعا و لأن المقصود للمتعاقدين و الذى وقع التراضى عليه بينهما انتقال كل من الثمن و المثمن حال العقد، فهذه المعامله إما صحيحه كذلك عند الشارع و يثبت المطلوب، أو باطله من أصلها، لا أنها صحيحه على غير ما قصداه و تراضيا عليه، و إثبات الخيار منهما أو من الشارع إن لم يؤكد ذلك لا ينافيه، فالمقتضى للملك حينئذ موجود و المانع منه مفقود.

و موثق إسحاق بن عمار(۱)و خبر معاويه بن ميسره(۲)المتقدمين فى خيار تأخير الثمن، المصرحين بكون المبيع ملكا للمشترى و الثمن ملكا للبائع فى السنه التى اشترط فيها الرد برد الثمن، بناء على أن ذلك مده الخيار و قد عرفت الحال فيه سابقا و يمكن تنزيلهما على اراده اشتراط سلطنه الفسخ بالطريق المخصوص الذى هو رد الثمن، فيكون حينئذ ذلك كله مده خيار و لا يحتاج إلى فسخ زائد على الرد كما هو ظاهر هما، الا أنه ينافيه ما ذكرناه سابقا. فلاحظ و تأمل.

و موثق غياث بن إبراهيم (۳)عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و إن لم يفترقا»

و موافقه ذيله للتقيه غير مانع من الاستدلال بإطلاقه، و خبر عقبه بن خالد(۴)المتقدم فى خيار تأخير الثمن و

صحيح بشار بن يسار(۵)«سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع، و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، قلت؛ أشترى متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك»

و حسنه الحسين بن منذر(۶)قال للصادق عليه السلام: «يجيئنى الرجل فيطلب العينه، فأشترى له المتاع من أجله، ثم أبيعه إياه، ثم أشتريه مكانى؟ فقال: إذا كان له الخيار إنشاء باع و إن شاء لم يبع، و كنت أنت أيضا بالخيار، إن شئت اشتريت و ان شئت لم تشتر فلا بأس»

و صحيح محمد بن مسلم (۷)«سئل أبا جعفر عليه السلام عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيه، فابتاعه الرجل من أجله قال: ليس به بأس إنما تشتريه

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱ من أبواب الخيار الحديث ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحكام العقود الحديث ۳.

۶- ۶ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحكام العقود الحديث ۴.

۷- ۷ الوسائل الباب ۸ من أبواب أحكام العقود الحديث ۸.

منه بعد ما یملکه»

و صحیح منصور بن حازم (۱)عن الصادق علیه السلام «فی رجل أمر رجلا أن یشتری له متاعا، فیشتریه منه؟ قال: لا بأس بذلک، انما البیع بعد ما یشتریه»

و النصوص (۲)المتضمنه لکون مال العبد للمشتری مطلقا، أو مع الشرط و علم البائع من دون تقیید بانقضاء الخیار،

و النبوی (۳)«الخراج بالضمان»

الذی معناه أن الربح فی مقابله الخسران، فإن الخراج اسم للفائده الحاصله فی المبیع،

و المراد أنها للمشتری، کما ان الضرر الحاصل بالتلف علیه، فهو دال علی المطلوب، و إن کان مورد الحدیث خیار العیب، و الحکم ثابت فیه بلا- خلاف کما قیل؛ بل لا یبعد أن یکون الخلاف فی خصوص خیار الحیوان، و المجلس و الشرط الذی لم یسبق بلزوم العقد، و أما هو فقد عرفت الحال فیه سابقا.

کل ذلک مع عدم دلیل معتبر للمخالف، خصوصا التفصیل، عدا دعوی قصور العقد فلا یفید الملک و هو کما تری. نعم قد یستدل له ب

صحیح ابن سنان (۴)«سأل أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یشتری الدابه أو العبد یشترط إلی یوم أو یومین فیموت العبد أو الدابه، أو یحدث فیه حدث، علی من ضمان ذلک؟ فقال: علی البائع حتی ینقضی الشرط ثلاثه أیام و یصیر المبیع للمشتری، شرط له البائع أو لم یشترط، قال: و إن کان بینهما شرط أیام معدوده، فهلک فی ید المشتری فهو من مال البائع»

و خبر عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۵)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری أمه بشرط من رجل یوما أو یومین، فماتت عنده و قد قطع الثمن علی من یکون

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من أبواب بیع الحیوان.

۳- ۳ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

۴- ۴ الوسائل الباب ۵ من أبواب الخیار الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب ۵ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

الضمان؟ فقال: لیس علی الذی اشتری ضمان حتی یمضی شرطه»

و مرسله ابن رباط(۱)عن الصادق علیه السلام «إن حدث بالحیوان حدث قبل ثلاثه أیام فهو من مال البائع»

الا- أنها لا- تصلح لمعارضه الروایات المتقدمه، لرجحانها بالکثره و المطابقه للأصول، و الإجماع المنقول، و ظاهر الکتاب، و الشهره بین الأصحاب و مخالفه أکثر الجمهور، فتعین التأویل فی هذه، بحمل الصیروره فیها علی اللزوم جمعا بین الاخبار.

و أما ضمان البائع و هو و إن کان علی خلاف الأصل الا أنه قد ثبت بالدلیل فی صوره اختصاص المشتری بالخیار کضمان البائع المبیع قبل القبض، و قد ظهر لک من ذلک کله أنه لو تجدد له ای المبیع نماء بین العقد و انقضاء الخیار کان للمشتری لأنه نماء ملکه و حینئذ ف لو فسخ المشتری العقد مثلا رجع علی البائع بالثمن و لم یرجع البائع علیه بالنماء الذی هو له علی المختار.

نعم هو للبائع علی القول الأخر إن فسخ، بل و ان لم یفسخ، بناء علی الملک من حین الانقضاء کما هو ظاهر القول المحکی فی المتن و غیره. أما علی احتمال اراده الکشف فی کلام الشیخ فهو للمشتری أیضا، و احتمله الشهید فی کلام الشیخ فی الخلاف، و لعله أخذه من قوله بالعقد الأول، و یمکن اراده حصوله به بحمل السببیه علی الناقصه، و حینئذ یشکل تبعیه النماء فیما إذا کان الخیار للمشتری خاصه علی کلام الشیخ، لعدم ملکیه الأصل عنده لأحد المتعاقدین؛ و لعله یلتزم دخوله فی ملک

المشتری إن لم یفسخ، و البائع إن فسخ کالأصل.

و علی کل حال فهذا من فائده الخلاف فی المسأله کالأخذ بالشفعه، و ابتیاع الزوجه، و بیع من ینعتق علی المشتری و جریان المبیع فی حول الزکاه إن کان زکویا، و غیر ذلک، و الثمن فی ذلک کله کالمبیع، إجماعا محکیا إن لم یکن محصلا، لاستحاله انتقال

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب الخیار الحدیث ۵.

أحد العوضين دون الأخر، بخروجه عن حقيقه المعاوضه و استلزامه الجمع بين العوض و المعوض. و الله أعلم.

[المسأله الخامسه إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه]

المسأله الخامسه إذا تلف المبيع الشخصی قبل قبضه بآفه سماویه فی غیر الثلاثه فی تأخیر الثمن فهو من مال بائعه إجماعا بقسمیه. إذا لم یکن بامتناع من المشتری أو برضا منه بالبقاء فی ید البائع، بعد تمکینه منه و عرضه علیه،

للنبوی (۱)المنجبر بعمل الأصحاب کافه «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»

المعتضد مع ذلک بخبر عقبه بن خالد(۲)المتقدم فی خیار تأخیر الثمن.

أما التلف فی الثلاثه فقد عرفت البحث فیه سابقا، و أن الأقوی فیه ذلک، کما أن الظاهر کونه من مال المشتری إذا کان عدم القبض لامتناع منه، بلا خلاف أجده فیه، للأصل السالم عن معارضه القاعده المزبوره بعد انصرافها إلی غیره، بل قد یقال: بذلک أیضا فیما إذا کان التأخیر بالتماس منه بعد العرض علیه و التمکین منه، وفاقا لجماعه، إما لأن مثله یسمی قبضا، أو لأن المراد من النبوی غیره، بل فی الغنیه و المحکی عن ظاهر الخلاف الإجماع علیه، لکن دعوی صدق اسم القبض بذلک فیما لا یکفی فیه التخلیه ممنوعه، کمنع قیام ذلک مقام القبض الرافع للضمان الذی هو مقتضی الاستصحاب مطلقا أو فی بعض الأحوال، و خبر عقبه الظاهر فی أن المشتری هو الذی ترکه فی ید البائع، فالقول بالضمان لا یخلو من قوه إن لم یکن إجماعا، و لم نقل بأن مثله قبض.

نعم یمکن دعوی انسیاق التلف بالآفه السماویه، فلو أتلفه أجنبی لم یضمنه البائع، و استحق المشتری علیه المثل أو القیمه، و قیل: بالتخییر بین ذلک و الفسخ و الرجوع بالثمن، بل هو المشهور بینهم، بل لا خلاف أجده بینهم، لکن لا دلیل علیه،

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

بل لعل مقتضى الدليل خلافه، بل لعله كذلك إن أتلفه البائع أيضا، لأصاله اللزوم، لكن قد يظهر من خبر عقبه بن خالد أنه من ضمان البائع مطلقا حتى يقبضه المشترى الا ـ أنه محتاج الى الجابر فى تخصيص القاعده، لتعبير أكثر الأصحاب أو جميعهم بمضمون النبوى الظاهر فيما عرفت، و يمكن حمل السرقه فى خبر عقبه على الآفه السماويه؛ باعتبار عدم تعين من يرجع اليه بالمثل أو القيمه، و لو أتلفه المشترى فالظاهر أنه بمنزله القبض، و نظر فيه فى الرياض، و لعله لظهور خبر عقبه فيما عرفت، فينفسخ العقد و يرجع البائع عليه بالمثل أو القيمه، و ستسمع لهذا البحث تتمه إنشاء اللّٰه تعالى فى باب القبض و فى باب بيع الثمار، بل قد يقال: إن الانصاف شمول النبوى لجميع صور التلف. بآفه أو بغيرها، الا أن يكون إجماع على البعض، أو شهره عليه بحيث يضعف الظن بإرادته منه.

و كيف كان فالنماء بعد العقد قبل التلف للمشترى كما فى المسالك و غيرها، بل قيل انه يظهر منه دعوى الوفاق عليه؛ لأنه نماء ملكه فالقاعده و استصحاب الحاله السابقه يقضيان بأن الفسخ من حينه فاحتمال كون الفسخ من الأصل- كما عن التذكره حكايته- ضعيف.

لكن فى الرياض «أنه ينافى الفسخ من حينه ظاهر النص و فتوى الجماعه، فيحتاج الى تقدير دخوله فى ملك البائع آنا ما و يكون التلف كاشفا، مثل دخول الديه فى ملك الميت، و العبد المأمور بعتقه فى ملك المعتق عنه» قلت: قد لا يحتاج الى هذا التقدير، و يكون المراد من النص و الفتوى أن حكم هذا التالف حكم ما لو كان ما لا للبائع، أى لا يستحق بالعقد ثمنا على المشترى، بمعنى أنه يبطل أثر العقد بالنسبه الى ذلك و إن كان قد تلف و هو على ملك المشترى، و أقصاه تحكيم النبوى المنجبر بعمل الأصحاب على غيره مما يقتضى خلافه، و كان مقصود المقدر مراعاه رجحان الجمع على الطرح. و الأمر سهل.

ثم إن مقتضى الأصل بعد اختصاص النص و الفتوى بالمبيع، كون تلف الثمن من البائع، لكن عن ظاهر بعض الأصحاب إلحاقه بالأول مشعرا بدعوى الوفاق عليه و على ارادته من المبيع و اراده المشترى من البائع، التفاتا الى صدقهما عليهما لغه، و فى الرياض «إن تم و الا فالمسأله محل إشكال لكن ظاهر الخبر الثانى أى خبر عقبه العموم فلا بأس به» قلت: لا إجماع قطعا، و ارادته من النبوى كما ترى، و خبر عقبه إنما يدل بعد القبض، و يمكن حمله على كون الثمن كليا كما هو الغالب، و الضمان فيه أعم من الانفساخ الحاصل بتلف المبيع، على أنه لا جابر له بالنسبه الى ذلك فتأمل جيدا.

و تلف بعض المبيع من مال بايعه كتلف الجميع، و الظاهر ثبوت الخيار فى الباقى لتبعض الصفقه، و لو كان المبيع كليا و تصور تشخصه بغير القبض، لحقه الحكم مع صدق اسم المبيع عليه، و لو كان كليا من جهه، شخصيا من أخرى، كصاع من صبره و قد تلفت اجمع فهو كالشخصى و اللّٰه اعلم.

و إن كان قد تلف المبيع بعد قبضه بآفه أو بغيرها و بعد انقضاء مده الخيار فهو من مال المشترى بلا خلاف و لا إشكال، و يرجع على من له الرجوع عليه بالمثل أو القيمه و إن كان تلفه بعد القبض بآفه فى زمن الخيار من غير تفريط من المشترى و كان الخيار للبائع خاصه فالتلف من مال المشترى أيضا لأنه ملكه على المختار، و للنصوص السابقه(١)فى بحث خيار رد الثمن بناء على أنها من مده الخيار.

و إن كان الخيار للمشترى (١١) خاصه فالتلف من (١٢) مال البائع (١٣) إجماعا بقسميه، للنصوص المتقدمه(٢)فى دليل القائل بعدم الملك حتى ينقضى الخيار، و الصحيح منها صريح (٣)فى خيار الشرط و الحيوان، و لعلهما المراد ان من المتن و

١- ١ الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار.

٢- ٢ الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار.

٣- ٣ الوسائل الباب ٨ و ٥ من أبواب الخيار الحديث ١- ٣.

غیره، بقرینه ذکر المده و الزمن و نحوهما، لعدم ضبط مده معلومه لغیرهما من الخیارات کما أشار إلیه العلامه الطباطبائی فی مصابیحه فی خیار تأخیر الثمن؛ حتی خیار المجلس، علی أن الخیار فیه لهما معا، و ستعرف أن الحکم علی القواعد مع اشتراک الخیار، فلا ریب فی عدم اراده غیرهما من المتن و نحوه، سیما علی القول بالفوریه فی کثیر منها، فیقتصر فیما خالف الضوابط کالصوره الأخیره علیهما خاصه، فیحکم حینئذ بانفساخ العقد فیها و رجوع الثمن إلی المشتری، کالتلف قبل القبض.

نعم لا فرق فیها بین کون الخیار للمشتری خاصه، أوله مع الأجنبی من طرفه کما صرح به غیر واحد، بل کأنه إجماع عملا بالإطلاق، بل قد یظهر من تعلیق الإرشاد أن الخیار للأجنبی من طرف المشتری کخیاره، و مقتضاه أن التلف من البائع أیضا لو کان للأجنبی من طرفه خاصه، و فیه أنه بعد البناء علی أنه تحکیم لا توکیل- لا یشمله الصحیح المزبور، فیشکل الحکم المذکور المخالف للقواعد من وجوه فیه، بل إن لم ینعقد إجماع علی إلحاق خیار الأجنبی معه بخیاره خاصه- کان المتجه حینئذ الاقتصار علی المتیقن من الصحیح و هو ما إذا کان الخیار للمشتری خاصه، سیما مع عدم سوق إطلاقه، لتناول مثل الفرض الذی لیس له فی النصوص أثر بالخصوص، و إنما سوغه الأصحاب لعموم دلیل جواز الشرط و إلا لشمل الإطلاق المزبور ما إذا کان الخیار للبائع معه أیضا، مع أنه لا خلاف بینهم علی ما قیل: فی کون تلف المبیع فیه من المشتری و أن الثمن من البائع کما هو مقتضی القواعد، بناء علی الملک بالعقد، بل لم یذکر احد منهم کون التلف فیه من البائع فیه احتمالا- مع أنه اولی بتناول الإطلاق المزبور، فالوجه الاقتصار فیما خالف الأصل علی المتیقن من النص و الفتوی.

نعم لا بأس بضم الأجنبی فی الصوره الأولی التی کون تلف المبیع فیها من المشتری علی القواعد کما هو واضح. و علی کل حال فقد ظهر لک أن المراد فی المتن و غیره بل

و النص بكون التلف من البائع فى الصوره الأخيره، انفساخ العقـد و رجوع الثمن إلى المشترى نحو التلف قبل القبض، و يقابله ما فيها من كون التلف من المشترى فى الصوره الأولى أى لا ينفسـخ العقـد بذلك، بل يكون التالف من مال المشترى نعم لا ينافى ذلك بقاء الخيار للبائع فيها كما صـرح به جماعه منهم الفاضل و الكركى بل لا خلاف أجـده فيه، للأصل و عـدم ثبوت اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين، بل الثابت خلافه، فله الفسخ حينئذ و المطالبه بالمثل أو القيمه، لأن يد المشترى يد ضمان بالثمن لا مجانا، و كون التلف بالآفه لا ينافى الاسـتحقاق بالفسخ الجديد المقتضـى رجوع كل عوض بعينه أو بدله الى صاحبه، بل لو تلف الثمن بالآفه فى يـد البائع لم يسـقط خياره، فله الفسـخ أيضا مع رد المثل أو القيمه و المطالبه بالمبيع أو بدله كما هو واضح؛ و إن تقدم فى الغبن ما عساه يتوهم منه المنافاه لذلك؛ الا أن العمده الإجماع هناك ظاهرا.

و قول الأصـحاب- إن تلف المبيع فى زمـان الخيـار ممن لاـ خيار له، بعـد تنزيله على خيار الشـرط و الحيوان- لا ينافى شـيئا مما ذكرنـاه، و الـدليل عليه واضـح، إذ مع فرض أن الخيـار للمشترى خـاصه كان تلفه من البائع، للنصوص السابقه(۱)الداله بصريحها على ذلك و المراد به كما صـرح به فى جامع المقاصـد انفساخ العقد به كالتلف قبل القبض، لاتحادهما فى لفظ الدليل المفهوم منه ذلك بعد القول

بالملك بالعقـد، فما عساه يظهر مما ستسـمعه من الـدروس- من الفرق بينهما فى ذلك، فيبطل فى التلف قبل القبض، دون محل البحث- واضـح الضـعف، و مع فرض ان الخيـار للبـائع خـاصه كـان التلف من المشترى، أى لاـ ينفسـخ العقـد كمـا هو مقتضـى القواعد، لانه ملكه و قد تلف فى يده الا أنه يبقى مع ذلك خيار البائع على حسب ما ذكرناه.

و من ذلك يظهر لك خطاء بعض الأعلام الناشى من الوهم فى المراد من قاعده

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب الخيار.

«التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له» و أنها أعم من الثمن و المثمن، و خیار الشرط و الحیوان و غیرهما، قال: «و لو تلف المبیع أو الثمن بالآفه الإلهیه بعد قبضه. و قبل انقضاء خیار المشتری أو البائع؛ فالتالف ممن لا خیار له بلا خلاف أجده، لما مر فی کل من خیاری الشرط و الحیوان من المعتبره المستفیضه(۱)و أخصیتها من المدعی مندفعه بعدم القائل بالفرق بین الطائفه، مع أن هذا الحکم غیر محتاج إلی دلاله من کتاب أو إجماع أو سنه علی حده فی بعض صور المسأله، و هو علی المشهور ما إذا تلف المبیع بعد القبض و الخیار للبائع و بالعکس، لکون المتلف مال من لا خیار له، المنتقل الیه بمجرد العقد، فیکون الحکم فی الصورتین موافقا للقاعده،

مع تأید أولهما بأخبار خیار الشرط،(۲)و إنما المحتاج إلی الدلاله ما إذا تلف المبیع بعده و الخیار للمشتری و بالعکس لمخالفه الحکم فیهما للقاعده المتقدمه جدا و لا إشکال فیه أصلا بعد قیام النص و الفتوی بإثباته فیهما، فیکون کل منهما بهما عن القاعده مستثنی».

و هو من غرائب الکلام ضروره کون النص و الفتوی فی خصوص المبیع دون الثمن، بل ظاهر خبر معاویه بن میسره(۳)من أخبار اشتراط الخیار برد الثمن، أن تلف الثمن من البائع و أنه ملکه و إن کان الخیار له. فمن العجیب دعوی أن النص و الفتوی علی کون الثمن من المشتری إذا کان الخیار للبائع خاصه؛ و مقتضاه الانفساخ کتلف المبیع إذا کان الخیار للمشتری خاصه الذی قد عرفت أنه مدلول النص و الفتاوی. و أغرب من ذلک کله إن أراد تعمیم هذا الحکم لسائر الخیارات فی الثمن و المثمن، هذا کله علی المختار من الملک بالعقد.

أما علی القول الآخر فالصوره المخالفه عندنا للضوابط التی دلت علیها النصوص فی الحیوان و الشرط، موافقه للضوابط، لعدم انتقال المبیع حینئذ إلی المشتری، فتلفه

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ و ۸ من أبواب الخیار.

۲- ۲ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

حینئذ من البائع و إن كان الخیار للمشتری، بل هو كذلک و إن كان الخیار للبائع، و لم

یعلم منهم أنه علی هـذا التقـدیر من المشتری، كی یحتـاج إلی دلیـل خاص من إجماع أو غیره، كما أنه لم یعلم منهم كون تلف الثمن من البـائع إذا كـان الخیار للمشتری خاصه لیحتاجوا فیه إلی الـدلیل الخاص، إذ لعله عنـدهم من المشتری كما هو مقتضـی قاعدتهم.

و من العجیب ما وقع فی الریاض هنا من الخبط و الخلط، الناشـی من توهم عموم قاعده المزبوره، مع انا لم نجدها فی شـی ء من كتب المتقـدمین و لا ـ الأساطین من المتأخرین، بل هم بین مصـرح فی خصوص خیار الحیوان و الشـرط للمشتری أن تلف المبیع من البـائع، كما هو مضـمون النصوص، و بین من زاد علی ذلک بأنه من المشتری إذا كان الخیار للبائع، كما هو مقتضـی القواعد بناء علی الملک بالعقد فلاحظ و تأمل لتعرف حقیقه الحال:

و قد ظهر مما ذكرنا أنه لا یسـقط الخیار مطلقا بعد القبض فی التلف بالآفه فی غیر الصوره المنصوصه بل یفسخ و یرجع العین أو البدل كما أنه یرجع بذلک.

أمـا الإتلاـف فـإن كان ممن له الخیار لما هو ملكه، فهو مسـقط لخیاره خاصه دون خیار الآخر، و إن كان لغیر ملكه المنتقل الیه، فهو فسـخ للعقد و یسـقط خیار الأخر حینئذ بالانفساخ، و إن كان ممن لیس له الخیار، فلا یسـقط خیار من له الخیار مطلقا، بل له الفسـخ و الرجوع بالمثل أو القیمه، و هل یتعین حقه فی ذمه المتلف دون من كانت فی یـده العین، أوله الرجوع علیه، أو یتعین و هو یرجع علی المتلف وجوه، أصـحها الأول لأن فسـخ العقـد یقتضـی عود ملک العین أو بـدلها، فهی كما لو كانت العین فی ید شخص آخر غیر من انتقلت إلیه، فإن الظاهر عدم تكلیفه بتحصیلها منه مع الفسخ، مع احتماله فتأمل جیدا.

و لا ـ فرق فی ذلـک بین سـائر أقسـام الخیـار، لكن فی القواعـد فی بـاب المرابحه «أن فی سـقوط خیـار المشتری فیمـا لو أكـذبه بالإخبار برأس المال مع التلف نظر» و

فی جامع المقاصد «و فی بقاء خیار الغبن بعد التلف تردد، سواء کان التلف من البائع، أم من أجنبی، أم بآفه، الا أن یکون بالآفه قبل القبض، فإنه من ضمان البائع، و علی إطلاق کثیر منهم ینبغی أن یکون بعد القبض کذلک، لاختصاص الخیار بالمشتری، فینفسخ العقد فی الموضعین، الا أن التردد فیما سبق له فی المرابحه، ینافی الحکم بانفساخ العقد لانه من المشتری أیضا».

قلت: لا ریب فی ضعف التردد المزبور المبنی علی احتمال تعلق حق الخیار بالعین خاصه و هو واضح الضعف، بل یمکن القطع بعدمه، بملاحظه کلام معظم الأصحاب، کما أنه لا ریب فی عدم اراده خیار الغبن و نحوه من إطلاق الأکثر کون التلف فی ید المشتری إذا کان الخیار له من البائع، لما عرفت من أنه لا دلیل علیه و انما خاص بالشرط و الحیوان، فتأمل جیدا؛ فإنه قد وقع خبط فی المقام لجمله من الأعلام فی عده من الأمور، و التحقیق ما عرفت أنه لا انفساخ إلا فی صورتین إحداهما التلف للمبیع قبل القبض- و الأخری بعد إذا کان الخیار للمشتری فی الحیوان و الشرط خاصه، و لا ینفسخ فی غیرهما.

نعم یبقی الخیار لصاحبه علی حسب ما سمعته، و قد یظهر من الدروس الخلاف فی الصوره الثانیه، و أن الحکم فیها بقاء الخیار کغیرها، قال: «لو تلف المبیع قبل قبض المشتری بطل البیع و الخیار، و بعده لا یبطل الخیار و إن کان التلف من البائع، کما إذا اختص المشتری بالخیار فلو فسخ البائع رجع بالبدل فی صوره عدم ضمانه، و لو فسخ المشتری رجع بالثمن و غرم البدل فی صوره ضمانه، و لو أوجبه المشتری فی صوره التلف قبل القبض لم یؤثر فی تضمین البائع المثل أو القیمه، و فی انسحابه فیما لو تلف بیده فی خیاره نظر» و هو غریب.

و أغرب منه احتماله أخیرا عدم الرجوع بالمثل أو القیمه لو أوجب العقد و لم یفسخه، فیکون معنی کونه من مال البائع عنده فیما لو فسخ خاصه فإنه یرجع بالثمن حینئذ و یذهب المبیع من البائع، و لم أجد شیئا من ذلک لغیره، و إن کان قد یؤیده استصحاب بقاء العقد و نحوه. و التحقیق ما قلناه، و اللّٰه اعلم.

[فرعان]

اشاره

فرعان

[الأول خيار الشرط يثبت من حين التفرق]

الأول قال الشيخ في المحكى عن مبسوطه و خلافه و ابنا زهره و إدريس على ما حكى عن الثانى منهما: أن خيار الشرط يثبت من حين التفرق لنحو ما سمعته فى خيار الحيوان و قيل من حين العقد و هو أشبه و أشهر بل هو المشهور، لنحو ما سمعته هناك أيضا و تزيد هنا، أن البحث فى المقام راجع الى قصد المشترط و ما يظهر من عبارته و لا ريب فى انسياق الاتصال منها كما فى غير المقام، مما نذكر فيه أحد المتعاقدين مده، بل لا يبعد البطلان لو كان القصد من حين التفرق، للجهاله نحو ما لو صرح به، بل ربما حكى عن الشيخ الاعتراف به، كما أنه و الحلى اعترفا فى المحكى عنهما بالصحه مع التصريح بالاتصال، بل فى التذكره صح عندنا، خلافا لبعض العامه، و به تسقط حججهم القاضيه بالامتناع، إذ الممتنع لا ينقلب بالشرط الى الجواز.

بل قد يشكل تصور أصل نزاعهم فى المسأله، لما عرفت من الصحه مع قصد الاتصال، و البطلان مع قصد التفرق، اللهم إلا أن يفرض خلوه عن القصد الخاص، و يكون الابتداء من حين التفرق شرعيا حينئذ، نحو ما قيل فى خيار الحيوان، لا أنه من قصد المتعاقدين و إن كان المنع عليه مع هذا الفرض واضحا أيضا، لعدم الدليل الصالح لإثبات ذلك، بل ما ذكروه من الأدله ظاهر فى عدم بناء المسأله على الفرض المزبور، كما أنه ظاهر فى اقتضاء التأخير بعد الثلاثه فى خيار الحيوان، و هو بعيد من قصد المتعاقدين، بل صحيح ابن سنان (۱)السابق شاهد على خلافه، بناء على ظهوره فى دخول ما شرطه من اليوم و اليومين فى الثلاثه و أظهر

منه خبر عبد الرحمن (۲)بل منهما يعلم بناء على ذلک فساد ما وقع من بعض الاعلام من أنه يشكل الحكم بالاتصال مع العلم بالخيار و تساوى المدتين أو قصور مده الشرط، بل لعل الظاهر التأخر عملا بشاهد الحال، أما لو زاد الشرط احتمل

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵ من أبواب الخيار الحديث ۳.

التأخر مطلقا و الاتصال كذلك، و التفصيل بمقتضى العرف فيتأخر فى مثل الأربعه و الخمسه، و يتصل فى نحو الشهر و السنه و لا بأس به، و فيه منع اقتضاء العرف ذلك ثم قال: و لو أطلق الخيار فالقول فى الثلاثه كالمده المشترطه و الصحيح الشاهد بصحته، يشهد باتصاله، قلت: كأنه أراد الصحيح المتقدم سابقا(۱)فى البحث عما لو اشترط الخيار و أطلق، و منه يعلم حينئذ زياده تأييد لما قلناه من ظهور الاتصال و لو كانت المده المشترطه مساويه للمده المضروبه من الشارع فتأمل جيدا و اللّٰه أعلم.

[الثانى إذا اشترى شيئين و شرط الخيار فى أحدهما على التعيين صح]

الثانى لا اشكال و لا خلاف فى أنه إذا اشترى شيئين و شرط الخيار له أو لغيره فى أحدهما على التعيين صح فله الفسخ فيه حينئذ و ليس للبائع ذلك بالتبعض الذى قد أقدم عليه و

أنه إن أبهم بطل للغرر، كالإبهام فيمن له الخيار كما هو واضح و اللّٰه اعلم.

[و يلحق بذلك خيار الرؤيه]

و يلحق بذلك خيار الرؤيه إذ هو قسم من أقسام الخيار و لكن هو لا يثبت إلا فى بيع الأعيان الشخصيه من غير مشاهده رافعه للغرر و الجهاله، فإنه لا ريب فى صحه البيع كذلك، نصا و فتوى بل الإجماع بقسميه عليه، و ما فى

مرسل عبد الأعلى (۲)عن أبى جعفر عليه السلام «أنه كره شراء ما لم يره»

لا بد من حمله- بعد إراده الحرمه من الكراهه فيه- على عدم الوصف مع ذلك أو على ما لا يمكن رفع جهالته به، كبعض اللبالى أو غير ذلك؛ ضروره أن ما نحن فيه أولى بالصحه من السلم و (۱۱) إن كان يفتقر ذلك (۱۲) حينئذ إلى ذكر الجنس و نريد به هنا (۱۳) النوع المصطلح كما فى المسالك أى اللفظ الدال على القدر الذى تشترك فيه افراد الحقيقه (۱۴) النوعيه كالحنطه مثلا أو الأرز أو الإبريسم (۱۵) لا الجنس المصطلح و الى ذكر الوصف، و هو اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس كالصرافه فى الحنطه (۱۶) أى خلوها من الخليط

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب الخيار الحديث ۱- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۸ من أبواب الخيار الحديث ۱.

و الحداره، أو الدقه مقابله للحداره و يجب أن يذكر كل وصف تثبت الجهاله فى ذلك المبيع عند ارتفاعه و هو مختلف و لا يلزم الاستقصاء،

بل قيل إنه ربما يكون مخلا فى بعض الأحوال، و الا بطل إجماعا بقسميه، للنواهى عن بيع الغرر(۱)و الجهاله المقتضيه للفساد كما هو معلوم فى محله.

نعم لا يبعد جوازه بعد الإناطه بالوصف، و إن لم يوثق بوجوده، لارتفاعه به على كل حال، و جبر الخلاف بالخيار، و ضبط ذلك بعضهم بما صح فيه السلم، بل قيل ربما ادعى الإجماع على اشتراط جميع شروط السلم، و فيه أن الجهل فى الموجود قد يرتفع عرفا بما لا يرتفع فى المعدوم؛ و ربما افضى فيه الى عزه الوجود، فيبطل لذلك، بخلاف ما نحن فيه المرتفع عنه هذا المحذور بوجوده، فالأولى الإناطه بما عرفت من أنه لا بد من ذكر كل وصف تتفاوت الرغبه بثبوته، و انتفائه؛ و تتفاوت به القيمه تفاوتا ظاهر الا يتسامح بمثله، و لو زاد على ذلك أمكن ثبوت الخيار بفقده أيضا و إن كان لا يتوقف صحه البيع عليه.

و على كل حال ف يبطل العقد مع الإخلال بذينك أو أحدهما أى الجنس و الوصف ما لم تكن رؤيه قديمه يستغنى بها عن الذكر، و إن كان حكم الخيار ثابتا أيضا مع البيع على تلك الرؤيه، فاتفق أنه قد تغير بزياده أو نقصان أو بهما من جهتين و لا ريب فى أنه يصح مع ذكرهما، سواء كان البائع رآه دون المشترى، أو بالعكس، أو لم يرياه جميعا، بأن وصفه لهما ثالث لكن قد يتوقف فى البطلان مع رؤيه المشترى له، و جهل البائع به، للأصل بعد تنزيل أدله الغرر على ما لا تشمل ذلك، فان لم يقم إجماع عليه، فللنظر فيه مجال، و إن كان الأصح البطلان، لعموم ما دل على اعتبار

المعلوميه فى البائع و المشترى (۲)و على كل حال فلا إشكال فى أنه يثبت له الخيار أيضا مع ذكر الوصف، و إناطه البيع به.

۱- ۱ الوسائل الباب ۴۰ من أبواب التجاره الحديث ۳ الدعائم ج ۲ ص ۱۹.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب البيع و شروطه.

و کيف کـان فان کان المبيع على ما ذکر، فالبيع لازم کتابا و سنه و إجماعا بقسميه و الا کان المشترى خاصه بالخيار بين فسخ البيع و بين التزامه إذا کـان ناقصـا عن الوصف، إن اختص البـائع بـالرؤيه دونه و بـالعکس؛ ان کان المشترى رآه دون البائع کان الخيـار للبـائع دونه مع الزيـاده فى الوصف إذا فرض ملاـحظه عـدمها و الا فلا خيار للأصل و إن لم يکونا رأياه کان الخيار لکل واحـد منهمـا إذا کـان ناقصـا من جهه زائـدا من اخرى؛ کمـا لو وصف بهمـا الثوب بأن طوله عشـرون ذراعا و عرضه ذراع فظهر خمسه عشـر طولا، فى عرض ذراع و نصف مثلا، أو العبد بأنه کاتب خاصه فظهر خياطا خاصه، بلا خلاف فى المشترى، کما فى الرياض و محکى مجمع البرهان، بل فى الحدائق أنه موضع وفاق فيهما، و فى شـرح شـيخنا المعتبر، الإجماع بقسميه عليهما لکن قد يناقش فى ذلک أولا بأنه قد يظهر من إطلاق جماعه کالمصـنف و غيره، تخير المشترى حتى مع الزياده، بل قيل أنه کصـريح إيضاح النافع، و ان کان هو فى غايه الضعف لعدم ما يصلح حينئذ لقطع ما دل على اللزوم من الکتاب و السنه، إلا ما عساه

يتوهم من إطلاـق الخبر الآتى (۱)الـذى يقطع بعـدم اراده مثـل ذلک منه، و کـذا الکلام فى العکس، و نحو ذلک الوصف بغير المقصود الـذى لم يرد منه القيـديه، فظهر الخلاف، کالبسط فى الشـعر، فبانت الجعوده أو الجهل فبانت المعرفه فيتخير البائع دون المشترى، مع فرض إراده القيديه من ذلک، لا ما يتعارف من اراده البراءه من الالتزام بها.

و ثانيـا بمـا فى المقنعه و النهـايه من البطلاـن مع ظهور خلاـف الوصف، لا الخيار کالمحکى عن المراسم فى خصوص الأعـدال المحزومه و عن الأـردبيلى التأمـل فيه، و ان کـان هو ضـعيفا کالأـول أيضـا ضـروره ابتنـائه على عـدم الفرق بين وصف المعين و الوصف المعين و بين الذاتى و العرضى.

و أضعف منه ما عن ابن إدريس من تخيير المشترى بين الرد و الأخذ بالأرش، لعدم

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳ و ۴.

الدليل عليه فيما لم يعد فقده عيبا، فتعين كون التحقيق الخيار لحديث نفى الضرار(۱)و

للصحيح «عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما أن نقد المال و صار الى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله فقال عليه السلام: لو أنه قلب منها أو نظر الى تسعه و تسعين قطعه، ثم بقى قطعه و لم يرها، لكان له فى ذلك خيار الرؤيه.

و منه يعلم الوجه فيما ذكره غير و احد من الأصحاب من انه لو اشترى ضيعه رأى بعضها و وصف له سائرها أى ما فيها ثبت له الخيار فيها أجمع إذا لم يكن على الوصف إذا الظاهر اراده المجموع من اسم الإشاره فى الصحيح لا خصوص من لم يرها الذى يحصل التضرر فيه، بتبعض الصفقه على البائع، مع احتماله و انجباره بثبوت الخيار له بذلك، لكن عن بعضهم الإجماع على الأول و لا بأس به، بل لا ينافيه لو جعل اسم الإشاره لخصوص غير المرئى إذ أقصاه ثبوت الخيار فيه الذى هو أعم من الاقتصار على فسخه خاصه. فتأمل و فى فوريه هذا الخيار و تراخيه وجهان، بل قولان أشهرهما الأول، بل ربما أسند إلى ظاهر الأصحاب، للأصل، و لزوم الضرر لولاه، و الاستصحاب لا يحكم على العموم الزماني، المستفاد من لزوم العقد، إلا أنك قد عرفت المناقشه فى جميع ذلك، مما مر من نظير المسأله، على أن إطلاق النص فى المقام كاف. اللهم الا أن ينكر ظهوره فى إراده الإطلاق المفيد فى المقام، و الضرر مندفع بأنه يلزم بالاختيار حينئذ معه، على الفوريه لو أخر لعذر، من حصول مانع أو نسيان للعقد أو للصفقه السابقه، أو عدم ظهور اللاحقه، أو زعم صدور الفسخ منه، أو جهل بحكم الخيار؛ ففى شرح الأستاد بقى خياره قال:

«و جهل حكم الفوريه ليس بعذر» و فيه- بعد الإغضاء عن وجه الفرق بين حكم الخيار و الفوريه- أنه قد يشكل عدم السقوط فى بعض ما ذكره أو جميعه بناء على التوقيت فى الفوريه كما هو الظاهر من القائل بها هنا، و إن قال: بغيره فى نحو الأوامر، لوضوح الفرق بين المقامين فتأمل جيدا.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الخيار الحديث ۱.

و لا ريب فی صحه إسقاط هذا الخيار بعد تحققه كما فی غيره من الحقوق، بل و بعد العقد قبل التحقق، خلافا للمحكی عن التذكره و غيرها للاكتفاء فی صحه الإسقاط بوجود السبب، فإنه حق أيضا يسقط بالإسقاط، و قد يقال: بأنه إن صادف المخالفه فی الواقع أثر، لعدم اعتبار العلم بذلك قطعا، و الا ـ كان العقد لازما بدونه. و دعوی- أن الحق لا يثبت الا بظهور المخالفه لا بوجودها فی نفس الأمر- يمكن منعها، كما سمعت نحوه فی خيار الغبن، و حينئذ فلا ريب فی صحه اشتراط سقوطه بالعقد كخيار المجلس، و نحوه، بل لا يبعد ذلك و إن قلنا بعدم ثبوته الا بعد ظهور المخالفه، خلافا لجماعه منهم الكركی فإنه- بعد ان استظهر الصحه فی غيره حتی الغبن و التأخير- قال: «فان شرط رفعه بطل الشرط و العقد، للزوم الغرر، لأن الوصف قام مقام الرؤيه، فإذا شرط عدم الاعتداد به، كان غير مرئی و لا موصوف» و اليه يرجع ما فی الدروس من التعليل بالغرر، لكن قال: «و كذا خيار الغبن ثم احتمل الفرق بينهما» قلت: يمكن منع عدم صدق التوصيف معه؛ و ليس لثبوت الخيار مدخل فی رفع الغرر، و إنما الذی رفعه نفس الوصف، ضروره عدم كون المدار علی مطابقه الواقع، إذ قد تخطی المشاهده بل المدار علی صدق الاقدام علی معلوم غير مجهول.

نعم قد يقال: بعدم صحه اشتراط الاسقاط فيما لو اشتری مثلا مع عدم الاطمئنان بالوصف، فإن ثبوت الخيار فيه له دخل فی رفع الغرر الذی هو الخطر، مع ان الأقوی الصحه فيه أيضا، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول، و لو أن الغرر ثابت فی البيع نفسه لم يجد فی الصحه ثبوت الخيار، و إلا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، و هو معلوم العدم، و إقدامه علی الرضا بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال للغرر عليه من قبله، و لا يسقط الخيار بالإبدال قطعا و لا ببذل التفاوت و لو شرط الأول فی العقد إن ظهر الخلاف فسد كما فی الدروس للجهاله و الغرر، و الظاهر أن شرط الثانی كذلك، و سقوطه بالتصرف قبل العلم به نحو ما سمعته فی الغبن و بعده يسقط إن دل علی الرضا، و الا فلا، حتی فی الناقل و المتلف منه، الأعلی

احتمال ذكرناه فى خيار الغبن.

و لو اشترى ما على صفه نساج على أن ينسج الباقى مثله بطل فى الأشهر، و يمكن الصحه وفاقا للمختلف، للأصل و عدم ثبوت بطلان البيع المتحد المتعلق بشخصى و كلى فى الذمه، بعد فرض ضبطه بالوصف، و دعوى عدم الضبط بذلك ممنوعه، على أن الفرض حصول الضبط، و ثبوت خيار الرؤيه فى غير المنسوج دون ما شاهده بعد التسليم غير مانع؛ على أن الظاهر منع الخيار من هذه الجهه و إن قلنا بثبوته بناء على الصحه من حيث فوات الشرط، و الظاهر أن ذا ليس من الكلى الذى يجب فيه الابدال.

نعم يمكن القول ببطلان البيع فيه، و ثبوت الشركه فى القيمه بالنسبه، كما أنه يمكن القول بالخيار للتبعض، أو لأن ذلك من الشرط أو الوصف فى المرئى أيضا.

و كيف كان فلا يقصر ذلك عن بيع ما فى البيت الذى قد رأى أنموذجا منه مع إدخال الأنموذج معه فى البيع، بل قد يقال بالصحه فيه و إن لم يدخله معه، لأنه لا يقصر عن الوصف فى رفع الجهاله، خلافا لأول الشهيدين و ثانى المحققين، و استشكل فيه الفاضل فى القواعد، و الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى غير البيع مما يعتبر فيه المشاهده أو الوصف كالإجاره و نحوها، لأن العمده فيه حديث الضرار، بل يمكن القول بثبوته فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصلح تنزيلا للخيار فى خلاف الوصف فى المعين منزله الإبدال فى الوصف المعين فتأمل جيدا و الله اعلم

[الفصل الرابع فى أحكام العقود]

اشاره

الفصل الرابع فى أحكام العقود و النظر فى أمور سته

[النظر الأول فى النقد و النسيئه]

الأول فى النقد اى الحال باعتبار كونه منقودا و لو بالقوه و يقابله النسيئه التى هى اسم مصدر بمعنى التأخير، يقال: أنسأت الشى ء إنساء،

و ینقسم البیع باعتبار وجودهما فی کل من الثمن و المثمن، و التفریق، إلی أربعه أقسام، فالأول النقد؛ و الثانی الکالی بالکالی، اسم فاعل أو مفعول من المراقبه، لمراقبه کل من الغریمین صاحبه لأجل دینه، و مع حلول المثمن و تأجیل الثمن، النسیئه، و بالعکس، السلف، و کلها صحیحه، عدا الثانی، فقد ورد النهی عنه بلفظ

«بیع الدین بالدین»(۱)

و انعقد الإجماع بقسمیه علی فساده کما ستعرفه أنشأ الله تعالی فی محله.

و کیف کان ف من ابتاع شیئا مطلقا من دون تقیید بالتأجیل للثمن و خلافه أو اشترط علیه التعجیل منه کان الثمن حالا و کذا المثمن، أما الإطلاق فللانصراف عرفا و قال الصادق علیه السلام فی

الموثق (۲)«فی رجل اشتری جاریه بثمن مسمی ثم افترقا: وجب البیع و الثمن إذا لم یکونا شرطا فهو نقد»

و منه یعلم حینئذ ما ذکره بعضهم و غیره من أن اشتراط التعجیل مؤکد، بل فی الروضه أنه المشهور، و فی الدروس «و أفاد التسلط علی الفسخ إذا عین زمان النقد فأخل المشتری به مثلا» و احتمل فی المسالک قویا ذلک مع الإطلاق أیضا، و فی الروضه «لو قیل بثبوت الخیار مع الإطلاق أیضا لو أخل به عن أول وقته کان حسنا».

قلت: قد یمنع أولا التأکید بناء علی أن الإطلاق یفید استحقاق المطالبه فی کل وقت،

کما هو مقتضی الحلول فی کل دین، أما وجوب الدفع فعلی المطالبه فعلا؛ و حینئذ فاشتراط التعجیل یفید وجوب الدفع بدونها، فهو أمر غیر ما یقتضیه العقد، اللهم الا ان یمنع ذلک و یقال: باقتضاء العقد التقابض من دون مطالبه کما تعرفه إنشاء الله فی النظر الثالث. و ثانیا قد یناقش فی صحه الشرط باعتبار تعدد افراد التعجیل و اختلافها، فلا یصح مع الشرط عدم التعیین للجهاله، و علی تقدیر الصحه، فدعوی التسلط علی الخیار بالإخلال به فی أول وقته یمکن منعها، لعدم صدق الإخلال بالشرط حتی تنتفی سائر الأفراد، نحو التکلیف بالمطلق.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الدین الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۲.

و ثالثا لا بد من تقييد الخيار بعدم إمكان الإجبار كما فى المسالك «و إلا أجبر على الوفاء به» و قد يحتمل الإطلاق كما ستسمع البحث فى ذلك و فى أصل ثبوت الخيار فى الشرط فى محله نعم لو قال: إن لم تعجله فى كذا فلى الخيار صح، كما فى القواعد لما عرفته من اشتراطه برد الثمن، بل فى التحرير فى أحكام الخيار «إذا قال بعتك على أن تنقدنى الثمن بعد شهر و الا فلا بيع بيننا صح البيع» و فى القواعد «و فى صحه البيع نظر فان قلنا به بطل الشرط على اشكال».

و فى جامع المقاصد كما عن الإيضاح «الأصح بطلان الشرط و العقد، للتعليق على المجهول، و امتناع اقتضاء صحه الشى ء بطلانه، فهو شرط مناف لمقتضى صحه العقد لأنه يقتضى ارتفاعه بعد وقوعه، و فرق واضح بينه و بين الخيار، لا مكان انفكاك اللزوم عن الصحه و يمتنع انفكاك الصحه عن نفسها، و يمكن الصحه للعموم، و لأنه يجرى مجرى الخيار، لان دفع المشترى الثمن و عدمه من أفعال المشترى الاختياريه، فهو تخيير له فى فعل الممضى و الفاسخ» لكنه كما ترى و حينئذ لا ينبغى الإشكال فى بطلان الشرط ضروره عدم صحته مع فساد العقد، كما أنه لا إشكال فى فساد العقد مع بطلان الشرط، بناء على أن بطلانه يقتضى بطلان العقد و الله اعلم.

و أما ان اشترط التأجيل للثمن جميعه أو بعضه و لو نجوما متعدده صح إجماعا بقسميه و نصوصا عموما و خصوصا(۱)فى البعض و هو المسمى بالنسيئه، من غير فرق بين طول المده و قصرها، خلافا للإسكافى فمنع فيما حكى عنه أكثر من ثلاث سنين فى السلف و غيره، و هو مع مخالفته للأدله لا شاهد له، نعم

قال أحمد بن محمد لأبى الحسن عليه السلام (۲)«إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال: إنا إذا بعناهم نسيئه كان أكثر للربح فقال: بعهم بتأخير سنه، فقلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم قلت؛ ثلاث؟

قال: لا»

و هو غير ما سمعته منه، اللهم إلا أن يريد ثلاث فصاعدا كما عساه يومى إليه

المروى عن قرب الاسناد عن أحمد أيضا(۳)قال لأبى الحسن الرضا عليه السلام «إن هذا الجبل قد فتح

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحكام العقود.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحكام العقود الحديث ۳.

على النـاس منه باب رزق فقال: إذا أردت الخروج فاخرج، فإنها سـنه مضـطربه، و ليس للناس بـد من معاشـهم، فلا تـدع الطلب، قلت: إنهم قوم ملاء، و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنه قال: بعهم قلت: سنتين، قال: بعهم قلت: ثلاث؟ قال: لا يكون لك شی ء أكثر من ثلاث سنين»

بنـاء على إراده المنع من بيعه ثلاثـا بـذلك، إلاـ أنهمـا كمـا ترى مع قصورهما عن المعارضه من وجوه، يمكن حملهما- بل لعله الظاهر- على إراده الإرشاد بذلك، و بذل النصيحه، لا النهى المترتب عليه الإثم أو الفساد كما هو واضح.

فلا ريب فى الجواز حينئـذ، بل لا يبعد جواز ذكر المده التى يعلم المتعاقدان، عدم إدراكها عاده، كالتأخير إلى ألف سـنه مثلا، و إن نظر فيه فى الـدروس أولاـ ثم اسـتقرب الجواز بعـده، لوجود المقتضـى، و ارتفاع المانع، و الحلول بموت من عليه الـدين غير مانع، إذ هو بعـد أن كان حكما شـرعيا لا يورث جهاله، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى أن يموت و عـدم انتفاع صاحب الدين به مدفوع بقيام الوارث مقامه، بل الظاهر عدم تسلط الوارث

للمشترى بـذلك على الخيار، و إن احتمله فى المسالك تبعا للتـذكره، لأصاله اللزوم مع عـدم التقصـير من البائع فى فوات الأجل الذى له قسط من الثمن، فهو كفوات المده المحتمله بالموت، و إن كان قد يقال: بجريان الاحتمال فيه، إلا أنه ضعيف جدا.

نعم قـد يقـال فى محل البحث: إنه إن لم يتسلط بـذلك على الخيار، أو ينقص من الثمن بنسـبه ما فات من الأجل، كان اشتراطه ممن عليه الدين لا فائده به، بل هو كالسفه، إذ الفرض حلوله بالموت فتأمل جيدا.

و كيف كان ف لا بـد أن يكون مـده الأجل المضـروبه للثمن. أو المثمن، أو لهما معينه لا يتطرق إليها احتمال الزياده و النقيصـه بلاـ خلاـف أجـده بـل يمكن تحصـيل الإجماع عليه و أن المسامحات العرفيه فى بعض الافراد لا عبره بها، ف لو اشترط التأجيل حينئـذ و لم يعين أجلاـ أو عين أجلاـ مجهولاـ كقـدوم الحـاج و نحوه مما هو محتمل للزياده و النقيصه كان البيع باطلا قطعا، بل ربما أدى ذلك إلى الجهاله فى

الثمن، لأن الأجل له قسط منه، بل يظهر- من الـدروس و غيرها- اعتبار معرفه المتعاقدين تعيين المده، فلو أجل بالنيروز- و المهر جـان الـذى هو عيـد الفرس، و الفضـيح عيـد النصارى، و الفطير عيـد اليهود؛ بناء على أنه يوم معين مضـبوط عنـدهم و لم يعلمه المتعاقـدان أو أحـدهما لم يصح أيضا، للجهاله أيضا، و قد يناقش فيه باحتمال الاكتفاء فيه بانضـباطه فى نفسه كأوزان البلدان مع عـدم معرفه المصـداق، فله شـراء وزنه مثلا بعيار بلـد مخصوص، و إن لـم يعرف مقـدارها، الا أن للنظر فيه مجالا، و ربما ظهر من التذكره الاكتفاء به.

و لو أجـل بالمشترک بين أمرين- أو أمور كالنفر من منى، أو ربيع أو جمادى- بطل كما نص عليه غير واحـد، للجهاله، لكن فى اللمعه «قيـل: يصـح» و يحمل على الأول، و لم نظفر بقائله، و علله فى الروضه- بعـد أن ساوى فى الحكم بينه، و بين التأجيل بيوم من الأسبوع- بأنه علقه على اسم معين، و هو يتحقق بالأول، قال: «لكن يعتبر علمهما بذلک قبل العقد، ليتوجه قصدهما إلى أجل مضـبوط، فلاـ يكفى ثبوت ذلـک شـرعا مع جهلهمـا أو أحـدهما به، و مع القصـد لا إشـكال فى الصـحه، و إن لم يكن الإطلاق محمولا عليه، و يحتمل الاكتفاء فى الصـحه بما يقتضـيه الشـرع فى ذلک، قصداه أم لا، نظر إلى كون الأجل الذى عيناه مضبوطا فى نفسه شـرعا، و إطلاق اللفظ منزل على الحقيقه الشـرعيه» و فيه أولا انه من الواضـح عـدم حمل اللفظ من غير الشارع و اتباعه فى الاسـتعمال على الحقيقه الشـرعيه، و تخصـيص محـل البحث بمـا إذا قصـد المتعاملاـن ما يراد من الإطلاق عنـد الشارع- بعد فرض علمهما انه منصرف عنده الى زمان معين و عدمه- موقوف على الاكتفاء بمثل ذلک، و الظاهر عدمه، لوضوح الجهاله فيه.

و ثانيا انه لا حقيقه شـرعيه فى المقام، ضروره أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف إلى أولهما، فليس الا لاقتضاء العرف فيه ذلک، و حينئذ فمع الانصراف عرفا متجه، كما اعترف به فى التذكره نعم قال فيها: «لو قال إلى الجمعه حمل على الأقرب

فی الجمع و كـذا فی غيره من الأيام، قضـيه للعرف المتـداول بين الناس، بخلاف جمادی و ربيع» و لعله كـذلک اما المكسـر من أيام الأسـبوع فقد يمنع فهم العرف منه الأول، بخلاف المتواطی من أسـماء الشـهور كرجب و شـعبان، فإنه لا ريب فی فهم شـهر سنه العقـد منه، فجعل المعيار العرف هو المتجه و الله اعلم و لو باع بثمن حال، و بأزيـد منه الی أجل بأن قال: بعتک هـذا بدرهم نقدا و بدرهمين الی شهرين قيل و القائل الشيخ فی المبسوط و الحلی فی السرائر يبطل و تبعهما الفخر و أبو العباس، و المقداد و الآبی، و الفاضل، و الشـهيدان فی اللمعه و الروضه و جماعه من متأخری المتأخرين، للغرر و الإبهام الناشـی من الترديد، القاضـی بعدم وقوع الملک حال العقد علی أحدهما بالخصوص، و هو مناف لمقتضی سببيه العقد و إنشائيته و للنهی

«عن البيعين فی بيع واحد»(۱)

المفسر بذلک أو بما يشمله.

و ذيل خبر محمد بن قيس الآتی (۲)و لكن المروی

عن علی عليه السلام، بطريـق حسن، بـإبراهيم بن هـاشم، عن محمـد بن قيس الثقه، بقرينه عـاصم بن حميـد، عن ابی جعفر عليه السلام-

انه يكون للبائع أقل الثمنين فی أبعد الأجلين

قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السـلام: من باع سـلعته فقال: إن ثمنها كـذا و كـذا، يـدا بيـد و ثمنها كـذا و كـذا نظره، فخـذها بأی ثمن شئت، و جعـل صـفقتها واحـده، فليس له الا أقلهما و إن كانت نظره» و زاد فی الكافی «قال: و قال عليه السـلام: من ساوم بثمنين أحدهما عاجل و الآخر نظره فليسم أحدهما قبل الصفقه»

و المناقشه بأن غايتها الـدلاله علی وقوع الإيجاب بها خاصه- و بأن الذی فهما الجماعه كما سـتعرف، ترتب الحكم المذكور فيها علی فسـاد المعـامله، و بمنافاه الزياده المزبوره لها، بناء علی أن الظاهر منها عـدم جواز الترديـد، بل لا بـد من تعيين أحـدهما قبل العقد و إيقاعه عليه، لا تعيين مقدار الثمنين، ای الثمن و الأجل- مدفوعه بظهورها فی إراده

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۴- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱ و ۲.

تمام البيع، لا- إيجابه خاصه، و منع ترتب الحكم فيها على الفساد كما ستعرف، و عدم انحصار الجمع بين الصدر و الزياده بذلك، على أنه لم يعلم كونها روايه واحده.

و فى

خبر السكونى (۱)عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «أن عليا عليه السلام قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئه كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال:

هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين»

يقول: ليس له الا أقل النقدين إلى الأجل الذى أجله بنسيئه و ظاهر جماعه من الأصحاب العمل بهما فى الجمله، ففى المقنعه «لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقولهم المتاع بدرهم نقدا، و بدرهمين الى شهر أو سنه أو بدرهم الى شهر و باثنين الى شهرين، فان ابتاع إنسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين فى آخر الأجلين» و فى المحكى عن ناصريات المرتضى المكروه ان يبيع الشى ء بثمنين، بقليل إن كان الثمن نقدا و بأكثر منه نسيئه و عن الإسكافى روى

عن النبى صلى الله عليه و آله (۲)أنه قال: «لا تحل صفقتان فى واحده»

و ذلك أن تقول: إن كان بالنقد فبكذا و إن كان بالنسيئه فبكذا و كذا، و لو عقد البائع للمشترى كذلك و جعل الخيار اليه، لم اختر للمشترى أن يقوم على ذلك، فان فعل و استهلكت السلعه لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين، لإجازته البيع به، و كان للمشترى الخيار فى تأخير الثمن الأقل إلى المده التى ذكرها البائع بالثمن الأوفر من غير زياده على الثمن الأقل.

و فى النهايه «فإن ذكر المتاع بأجلين، و نقدين مختلفين، بأن يقول ثمن هذا المتاع كذا عاجلا؛ و كذا أجلا، ثم امضى البيع كان له أقل الثمنين و أبعد الأجلين» و عن القاضى من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا؛ أو بدينارين أو درهمين الى شهر، أو شهور، أو سنه، أو سنتين، كان البيع باطلا، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين فى آخر الأجلين.

و فى موضع من الغنيه «و للجهاله بالثمن و الأجل أيضا نهى عن بيعتين فى بيعه

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱- ۴.

نحو أن يقول بعتك كـذا بـدينار الى شـهر، و بـدينارين إلى ثلاثه أشـهر؛ فيقول المشترى قـد قبلت به» و فى آخر «و قد قدمنا أن تعلق البيع بأجلين و ثمنين كقوله بعت إلى مـده كـذا بكـذا، و إلى ما زاد عليها بكـذا يفسـده، فإن تراضـيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين فى أبعـد الأـجلين، بـدليل إجمـاع الطـائفه» و عن صـاحب البشـرى أنه قـال: «لو عملنـا بروايه السـكونى كـان قريبا» و عن الراونـدى «أن على المشترى الثمن الأقـل فى الأجـل الأـول، لأنه رضـى بالأقل فى الزمن الأقل؛ فإن لم يؤد المشترى فليس له فى ذمته إلا الأقل سواء أداه عاجلا، أو آجلا» و كأنه يرجع الى ما تسـمعه من المختلف، أو ما فى الـدروس فإنه بعد ان ذكر الخلاف فى الصورتين قال: «و الأقرب الصحه و لزوم الأقل، و يكون التأخير جائزا من جهه المشترى، لازما من طرف البائع لرضائه بالأقل، فالزياده ربا، و لأجلها ورد النهى و هو غير مانع من صحه البيع».

و كـأنه أخـذه ممـا احتمله الفاضل فى المختلف جوابا عما يقال: من أن وجوب الأقل إلى الأبعـد ليس تجاره عن تراض، قال: «و يمكن ان يقال: أنه رضـى بالأقل فليس له الأكثر فى البعيد، و إلا لزم الربا، إذ تبقى الزياده فى مقابله تأخير الثمن لا غير، فان صبر الى البعيد لم يجب له أكثر من الأقل» لكنه لا إلزام فيه للبائع بالأجل البعيد، كما سمعته من الدروس الذى هو واضح الضعف، إذ الأجـل قـد وقع فى مقـابله الزيـاده الفاسـده فلاـ يلتزم به البـائع، فلا ريب فى أن ما ذكره فى المختلف أولى منه، بل يمكن تنزيل الخبرين المزبورين حتى الثـانى منهمـا عليه بمعنى كـان على المشترى فى آخر الأجلين أقل الثمنين، لا أن له إلزام البائع بـذلك، ضروره كون الثمن فيه الأقل بلا أجل على هـذا التقـدير، و أن الزياده فى مقابله التأخير إلى المـده قـد وقعت على نحو الشـرطيه، فتختص حينئذ هى مع الأجل بالنهى و الفساد، كما ذهب إليه أبو حنيفه فى أصل بيع الربا، و إن كان هو واضح الضعف، مع عدم تشخيص الثمن أما معه، فان لم يذكر شرطا فى العقد، فلا ريب فى الصحه

و إن ذكر فيه كما هو فى محل البحث أمكن القول هنا باختصاص الفساد بالشرط دون العقد، لهذه النصوص و إن قلنا بفسادهما معا فى غيره، و تقل مخالفتهما حينئذ للقواعد، و ربما احتمل تنزيلهما على ما لا ريب فى صحته من ذكر الزياده بعد العقد، إلا أنه بعيد عن ظاهر الخبرين.

فما ذكرناه أولى حينئذ، بل يمكن حمل عباره المقنعه و ما ضاهاها عليه، بل و عباره النهايه، و به يجمع بين هذين الخبرين، و بين ما دل على النهى عن البيعين فى بيع، ك

موثق عمار(۱)عن الصادق عليه السلام فى حديث «أن رسول الله صلى الله عليه و آله بعث رجلا إلى أهل مكه، و أمره أن ينهاهم عن شرطين فى بيع»

و قال هو أيضا فى

خبر سليمان بن صالح (۲)«نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع، و عن بيع ما ليس عندك»

الحديث. و فى

خبر الحسين بن زيد(۳)عن الصادق عن آبائه عليهم السلام فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله قال: «و نهى عن بيعين فى بيع»

بناء على أن المراد منه ذلك؛ أو ما يشمله، بحمل النهى على حرمه الشرط و قبوله، لا على ما يقتضى فساد العقد بل قد يؤيد ذلك أنه مقتضى الجمع بين ذيل خبر محمد بن قيس (۴)الذى زاده فى الكافى، و صدره و أما طرح

الخبرين- مع اعتبار سند الأول منهما لانه حسن كالصحيح، بل هو صحيح بناء على المختار من الظنون الاجتهاديه، و العمل بهما معا ممن عرفت،- فغير لائق بصناعه الفقه، خصوصا مع قله مخالفتهما للقواعد على ما سمعت، بل لعلهما لا يخالفان شيئا، على القول بعدم فساد العقد بفساد الشرط فتأمل. و يحتمل الجمع بالخرمه مع الصحه كما أومى إليه الحر، فى وسائله، و ربما تقبله عباره المقنعه، و ما شابهها، و إن كان فيه ما فيه؛ إلا أنه أولى مما فى الرياض قطعا، فإنه بعد أن جزم بالفساد- و اقتصر على خبر السكونى و أورد عليه بوجوه، منها ضعف السند، و عدم المكافاه،

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

و شذوذ القائل به و هو الطوسی فی نهایته، مع رجوعه عنها فی مبسوطه- قال: «ثم علی المختار هل لهذا البیع حکم البیع الفاسد، فیرجع مع تلف المبیع الی المثل أو القیمه، أم لا؟ بل یرجع البائع معه الی ما فی هذه الروایه، من أقل الثمنین. إلی أبعد الأجلین، قولان، أشهرهما بین المتأخرین، الأول عملا بالأصل فی البیع الفاسد، و بین المتقدمین، المتقدم ذکر جمع منهم کالمفید و المرتضی و الإسکافی و القاضی و ابن زهره فی الغنیه، مدعیا علیه الإجماع، الثانی، و لعله لصحیح محمد بن قیس، و لا بأس به لاعتضاد صحه سنده بمصیر کثیر من القدماء الی العمل به».

إذ هو کما تری من غرائب الکلام، بل لم نعرف أحدا ممن تقدم علیه عنون هذا الخلاف، کما أنه لیس فی شی ء من الخبرین الإشاره إلی تخصیص الحکم بتلف السلعه مع أن مخالفتهما للقواعد أشد حینئذ مما فر منه، و من العجیب نقله عن الجماعه ما عرفت، مع أنه لیس فی کلام احد منهم، عدا الإسکافی الإیماء إلی تخصیص الحکم بالتلف، بل لعل ظاهر قول الإسکافی، لم اختر الصحه علی التقدیرین، و أنه یکره للمشتری القیام علی هذا البیع نحو ما سمعته عن المرتضی، بناء علی اراده المعنی المصطلح من الکراهه فی کلامه.

و کیف کان فمن ذلک کله ظهر لک ضعف ما استدل به للبطلان، بناء علی تنزیل القول بالصحه علی ما عرفت، إذ لا غرر فیه و لا جهاله بعد تعیین ثمنه، و أن الزیاده وقعت فی مقابله التأخیر، علی جهه الشرطیه، فتفسد، بل عن الأردبیلی إنکار اندراج مثل ذلک فی الغرر و الجهاله، المنفیین بالشرع، علی تقدیر کونهما ثمنین، فضلا عن الثمن و الشرط، قال: «لان الاختیار الیه، و علی کل من التقدیرین، فالثمن معلوم.

و ربما یؤیده الحکم بالصحه من غیر واحد، فیما لو قال للخیاط، خط هذا الثوب الیوم أو فارسیا بدرهم، و بأقل منه أو أکثر إن خطته فی غد أو رومیا، مع اشتراک الإجاره و البیع فی اعتبار عدم الغرر و الجهاله، لکن قد یمنع الصحه فیها أیضا أو یلتزم تصحیح ذلک علی أنه جعاله، لا اجاره لعدم اعتبار المعلومیه فیها أو یفرق بین الإجاره و البیع، بأن العمل الذی

يستحق به الأجره، لا يمكن وقوعه الا على احد الصفتين، فتعين الأجره المسماه عوضا له، فلا يقتضى التنازع بخلاف البيع. إلا أن الجميع كما ترى.

نعم قد يقال انه و إن كان لا جهاله فى صفه الثمن، و لكنها متحققه فى أصل الثمنيه، بمعنى أنه لم يعلم بعد قبول المشترى ذلك ما صار ثمنا للجميع، و هو مناف لسببيه العقد أيضا، لا أقل من الشك فى تأثيره على هذا الحال، و دعوى تعيينه حينئذ باختيار المشترى ينافى إنشائيه العقد، و سببيته المقتضيه ترتب الأثر عليه بالفراغ منه، و دعوى الكشف حينئذ- مع أنه لا شاهد عليها- لا تجدى فى رفع الجهاله حين العقد، و لا فرق فى ذلك بين البيع و الإجاره و غيرهما من عقود المعاوضه؛ و من ذلك يظهر أن محل النزاع فيما لو قبله المشترى على تخيير البائع آت كما هو ظاهر الإيجاب، و ظاهر قوله خذه بأيهما شئت فى صحيح محمد بن قيس (۱)فحينئذ على القول بالصحه، إن اختار ألزم باختياره، و لو قبله على الترديد و لم يعين كان عليه أقل الثمنين فى أبعد الأجلين للخبرين، و احتمال أن ذلك عليه- و إن اختار عملا بإطلاقهما- ممكن لانه بتمام العقد صار حكمه شرعا ذلك، فلا أثر لاختياره حينئذ، بل و لا للبائع مطالبته بالاختيار، و منه يعلم شده مخالفه الخبرين للقواعد، على هذا التقدير.

أما لو قال: قبلته نقدا أو نسيئه فخارج عن محل النزاع، و يحتمل فيه الصحه، لوجود المقتضى من الإطلاقات و غيرها، و ارتفاع المانع، و يحتمل البطلان، للشك فى تأثير نحو هذا الإيجاب الذى لم يجزم موجبه بأحدهما بالخصوص، و الأول لا يخلو من قوه، بناء على عدم منع مثل هذه الجهاله، و إلا فالثانى أقوى، و كذا يخرج عن محل النزاع، لو قبله على جهه التخيير للبائع، و إن كان هو واضح البطلان أيضا، و الغرض من ذلك كله، أن المتجه- بناء على العمل بالخبرين المزبورين- الجمود لعدم المنقح من إجماع و غيره، و لذا قال المصنف لو باع كذلك إلى وقتين متأخرين كان باطلا جازما به

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

غیر مظهر للتردد فیه کالأول، بل فی التحریر بطل قولا واحدا.

فمن الغریب ما فی الریاض من أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق فی الحکم صحه و بطلانا بین الصورتین، و إن أشکله- هو إن لم یکن إجماعا،- بأن البطلان فی الثانیه أقوی، لفقد المعارض فیه، لاختصاص النص مطلقا بالصوره الأولی، قلت: لا ریب فی قوه البطلان فی الثانیه، بناء علیه فی الأولی، ضروره أولویتها بذلک. نعم یتجه الفرق بینهما باحتمال الصحه فی الأولی، دونها، للخبرین المزبورین. اللهم إلا أن یدعی التنقیح، و دونه خرط القتاد بعد ما سمعت، و إن کان هو مقتضی ما سمعته من عباره المقنعه و إجماع الغنیه، و الله اعلم.

و إذا باع شیئا شخصیا طعاما أو غیره و اشترط: تأخیر الثمن إلی أجل معلوم ثم ابتاعه البائع أو غیره من المشتری بعد قبضه قبل حلول الأجل، جاز بزیاده کان علی الثمن الأول أو نقصان؛ أو مساواه بالجنس أو بغیره، حالا و مؤجلا بما یساوی الأجل الأول، أو یزید علیه أو ینقص عنه، بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به فی الریاض، و المحکی عن مجمع البرهان، بل فی الأخیر کان دلیله الإجماع. نعم فی مفتاح الکرامه خاصه عن المراسم إن باع ما ابتاعه إلی أجل قبل حلول الأجل فبیعه باطل، معترفا بأنه لم یجد أحدا نقل عنهما الخلاف قبله. قلت: قد یرید السلف أو الأعم منه و من غیره، لا ما نحن فیه، بل لعله الظاهر منه.

و علی کل حال فلا ریب فی الحکم المزبور، لإطلاق الأدله و عمومها، أو خصوص

خبر علی بن جعفر المروی عن کتاب مسائله (۱)قال: «سألت أخی موسی علیه السلام عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلی أجل، ثم اشتراه بخمسه دراهم نقدا أ یحل؟ قال: إذا لم یشترط و رضیا فلا بأس»

کالطلاق خبره المروی عن قرب الاسناد(۲)المحذوف فیه لفظ

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۶.

الأجل و النقد و

صحیح بشار(۱)«سأل أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبیع المتاع نسیئا، فیشتریه من صاحبه الذی یبیعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتری متاعی؟

فقال: لیس هو متاعک و لا بقرک و لا غنمک»

و

خبر الحسین بن منذر(۲)قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام: یجی ء الرجل فیطلب العینه، فاشتری له المتاع من أجله، ثم أبیعه إیاه، ثم أشتریه منه مکانی؟ فقال: إذا کان بالخیار إن شاء باع، و إن شاء لم یبع، و کنت أنت بالخیار إن شئت اشتریت، و إن شئت لم تشتر؟ فلا بأس قلت: فإن أهل المسجد یزعمون أن هذا فاسد، و یقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، فقال: إنما هذا تقدیم و تأخیر فلا بأس به»

بناء علی أن العینه، شراء ما باعه نسیئه، کما حکاه عن بعضهم فی الدروس، لکن فیها قبل ذلک، أنها لغه و عرفا شراء العین نسیئه، فإن حل الأجل فاشتری منه عینا أخری نسیئه ثم باعها، و قضاه الثمن الأول کان جائزا، و تکون عینه علی عینه، و علیه أیضا یتم الاستدلال؛ ضروره عدم اعتبار کون بیع القضاء علی غیر البائع فیها.

نعم عن ابن إدریس؛ أن اشتقاقها من العین و هو النقد، و فسرها بشراء عین نسیئه لمن له علیه دین، ثم یبیعها علیه بدونه نقدا و یقضی الدین الأول، تخرج عما نحن فیه؛ مع احتمال عدم اعتبار کون العین من غیر البائع و حینئذ یتم الاستدلال علیه أیضا و لو بالإطلاق، علی أن المحکی عنه فی الدروس أنه فسرها بشراء عین نسیئه ممن له علیه دین ثم یبیعها علیه بدونه نقدا و یقضی الدین الأول فیکون حینئذ مما نحن فیه، الی غیر ذلک مما لا حاجه إلیه، بعد ما عرفت من عدم الإشکال فی المقام.

و

خبر منصور بن حازم (۳)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون له علی الرجل طعام أو بقر، أو غنم، أو غیر ذلک فاتی الطالب المطلوب لیبتاع منه شیئا؟

فقال: لا یبعه، نسیئا و أما نقدا فلیبعه بما شاء»

یمکن أن یکون المراد منه أن الطالب

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۴.

٣- ٣ الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٨.

أراد شراء المطلوب مما له عليه من الطعام فعلا بعد حلوله فقال: لا يبعه عليه نسيئه لأنه يكون بيع دين بدين على بعض الوجوه، أما نقدا فلا بأس، و لعل شيئا فيه مصحف نسيئا و حينئذ يكون خارجا عما نحن فيه. فتأمل جيدا، و فى الرياض أنه مجمل، محتمل الحمل على

الكراهه جمعا بينه و بين غيره مع عدم مكافأته قطعا.

و على كل حال فلا ينبغى التوقف فى شى ء من شقوق المسأله. نعم يستفاد من خبر ابن المنذر و خبرى على بن جعفر(۱)أن ذلك جائز إذا لم يكن شرط البائع الأول على المشترى ذلك فى حال بيعه عليه، و لذا نص على اشتراط ذلك فى الجواز جماعه، بل نسبه فى الرياض إلى الأصحاب، و أنه لا خلاف فيه، و فى المحكى عن الكفايه لا أعلم خلافا بينهم فى البطلان عند الشرط، و المفاتيح الظاهر اتفاقهم على بطلانه قلت:

قد يظهر الخلاف من إطلاق الجواز فى المقنعه و النهايه و محكى السرائر بل قد يظهر من جامع المقاصد و المسالك و غيرهما عدم اعتباره؛ لاقتصارهم على الاستدلال له بما فى التذكره من الدور، و بأنه لم يقصد النقل معه، و إفساده بما لا مزيد عليه، و هو كذلك سواء قرر الدور بأن انتقاله الى المالك موقوف على حصول الشرط، و حصوله موقوف على انتقال الملك، أو بأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه.

و على كل حال فيه ان المتوقف على حصول الشرط هو اللزوم، لا الانتقال و توقف تملك البائع على تملك المشترى لا يستلزم توقف تملك المشترى على تملك البائع كما هو واضح، و الا لما صح فى باقى الشرائط من العتق و نحوه خصوصا شرط بيعه للغير الصحيح إجماعا محكيا ان لم يكن محصلا، على أن تملك المشترى- فيما لو جعل الشرط بيعه من البائع

بعد الأجل- قبل الأجل واضح و اشتراط البيع يؤكد قصد النقل إلى المشترى، لا أنه ينافيه، و إلا لنا فاه إذا كان من قصدهما ذلك، و إن لم يشترطا، مع أن العقود تتبع القصود، و الاتفاق كما فى الروضه و غيرها على الصحه، و ما هو إلا لأن قصد رده بعد ملك المشترى له، غير مناف لقصد البيع بوجه، و إنما المانع عدم القصد الى ملك المشترى أصلا بحيث لا يترتب عليه

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحكام العقود الحديث ۴ و ۶.

حکم الملک و هو غیر ما نحن فیه کما أن احتمال کون الدور لو کان الشرط ملکه للبائع بالثمن المعین بهذا العقد، مناف للمفروض فی کلامهم علی أنه قد یقال: بصحته، و ترتب ملک البائع علی ملک المشتری آنا ما، نحو أعتق عبدک عنی، بمعنی الترتب الذاتی لا الزمانی. فانحصر الدلیل حینئذ فی النصوص المزبوره.

لکن قد یناقش فیها بالطعن فی السند، و کون المفهوم فیها البأس الذی قد یمنع استفاده الحرمه منه عرفا، فضلا عن الفساد، مضافا إلی اشتمال خبر ابن منذر منها علی اعتبار عدم اشتراط المشتری علی البائع ذلک أیضا، و لم نعرف قائلا به. بل قد یستفاد منه لزوم الشرط لو شرط، و أن به یرتفع الخیار للبائع أو المشتری، و إن کان یحرم البیع الثانی أو هو و البیع الأول بالشرط، و یکون الحاصل حینئذ حرمه الاشتراط، و إن کان لو فعل التزم به، و هو غیر اشتراط المحرم الذی یفسد و یفسد العقد علی قول فتأمل. علی أن ظاهر خبر علی بن جعفر(۱)اشتراط البیع بنقیصه، بل لعله المراد من خبر ابن منذر(۲)فالتعدیه إلی المساوی و الزائد تحتاج الی دلیل، و ثبوت إجماع معتد به هنا علی عدم الفصل محل منع، إذ لم یحک عن احد التعرض لأصل الشرط المزبور قبل المصنف الا عن المبسوط خاصه فی باب المرابحه، و لعله لذلک و غیره أومأ أول الشهیدین الی التردد فی ذلک، فی المحکی عنه فی غایه المراد بقوله «إن کان فی المسأله إجماع فلا بحث» ثم لا یخفی أن المتجه بناء علی العمل بالنصوص المزبوره الجمود علیها، فلا یتعدی لغیر البیع من العقود و لا له إذا کان الثمن عینا فی وجه، أو کان الشرط بیعه من غیر البائع، أو نقله إلیه بغیر البیع و لا لاشتراطه فی عقد آخر و نحو ذلک مما لا دلاله فیها علیه، کی یتجه تخصیص عموم أدله الشرط بها، و دعوی التنقیح مع عدم المنقح کما تری، بل لو لا مخافه المخالفه لإجماع الأصحاب لأمکن حمل هذه النصوص علی الإثم بالاشتراط کما عرفت، أو علی إراده الکراهه مع شرط البیع بنقیصه، لانه کالحیله

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۴.

فی تبریته الدراهم أو غیر ذلک. و الله اعلم و کیف کان ف ان حل الأجل و لم یقبض الثمن فابتاعه بمثل ثمنه من غیر زیاده و لا نقیصه جاز بلا خلاف و کذا ان ابتاعه بغیر جنس ثمنه بزیاده أو نقیصه حالا أو مؤجلا للأصل، و إطلاق الأدله السابقه، و إطلاق خصوص

صحیح منصور بن حازم (۱)قال للصادق علیه السلام: «رجل کان له علی رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، و أتی الطالب المطلوب یتقاضاه، فقال له المطلوب: أبیعک هذه الغنم بدراهمک التی لک عندی؛ فرضی؟ قال: لا بأس بذلک»

و

موثق یعقوب بن شعیب و عبید بن زراره(۲)أو صحیحها «سألا أبا عبد الله علیه السلام عن رجل باع طعاما بماءه درهم الی أجل، فلما بلغ ذلک الأجل، تقاضاه، فقال: لیس عندی دراهم، خذ منی طعاما، فقال: لا بأس به فإنما له دراهم یأخذ بها ما شاء»

الی غیر ذلک.

و أما إن ابتاعه بجنس ثمنه بزیاده أو نقیصه ففیه روایتان أشبههما و أشهرهما ما سمعته من روایات الجواز بل لم أجد من عمل بروایه المنع غیر الشیخ فی النهایه بالنقیصه، و فی التهذیبین بالزیاده، و هی

خبر خالد بن الحجاج (۳)«سأل أبا عبد الله علیه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخیر إلی أجل مسمی، فلما جاء الأجل أخذته بدراهمی فقال: لیس عندی، و لکن عندی طعام فاشتره منی؟ فقال: لا تشتره منه فإنه لا خیر فیه»

و

خبر عبد الصمد بن بشیر(۴)قال: سأل الصادق علیه السلام أیضا محمد بن القاسم الحناط «فقال: أصلحک الله أبیع الطعام الرجل إلی أجل، فأجیئ و قد تغیر الطعام من سعره فیقول: لیس لک عندی دراهم؟ قال: خذ منه بسعر یومه قال: أفهم أصلحک

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب السلف الحدیث ۱۰.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب السلف الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب السلف الحدیث ۵.

الله إنه طعامى الذى اشتراه منى قال: لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيک قال: أرغم الله أنفى رخص لى، فرددت عليه، فشدد على»

و

خبر الحلبى (۱)قال: «سئل أبو عبد الله علیه السلام عن رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله إلا بوضيعه، قال:

لا يصلح له أن يأخذه، فإن جهل و أخذه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد»

و هى جميعا كما ترى غير مكافئه لغيرها من وجوه، خصوصا بعد الطعن فى السند و اختصاص الأولين بالطعام، و احتمال الأول منهما الإرشاد أو الكراهه كما يومى اليه التعليل، و عدم التصريح فيه بأنه طعامه الذى باعه إياه، و لا بزياده الثمن أو نقيصه، و الثانى- مضافا إلى كثير من ذلک- أن السائل لما طمع أن يرخص له أخذ طعامه الذى دفعه اليه، مع أن القيمه قد زادت، و هو لا يستحق

إلا ـ دراهم، لم يرخص له الا أن يأخذ بسعر يومه، بل لعل ذلک هو الظاهر منه، كظهور الثالث فى الإقاله بالنقيصه، المجمع على عدم جوازه، كالزياده بحسب الظاهر.

فلا ينبغى التوقف حينئذ فى الحكم المزبور فى الطعام، فضلا عن غيره، و إن حكى عن بعضهم موافقه الشيخ فى الأول، و لا ريب فى ضعفه، و أضعف منه ما عن خلاف الشيخ من أنه لا يجوز شراء طعام ممن باعه طعاما قبل نقد الثمن و لو غير ما باعه إياه بزياده عن ثمنه، لأدائه إلى بيع الطعام بطعام بزياده، و فيه أن العوض دراهم لا طعام، هذا كله إذا لم تتغير السلعه.

أما إذا تغيرت عن حاله البيع، كالهزاله؛ أو نسيان الصنعه، أو تمزيق الثوب، ففى التحرير «جاز شرائه إجماعا و إن كان لا يخلو إطلاقه من بحث فى الجمله، و قد بان لک من ذلک كله أن شراء المبيع المؤجل ثمنه، إما أن يكون قبل حلول أجله، أو بعده، و على التقديرين، فاما أن يكون البائع قد اشترط شرائه فى نفس العقد أو لا، و على كل تقدير فاما أن يشتريه بجنس الثمن و قدره، أو بزياده أو بنقيصه، أو بغير جنس، إما حالا، أو

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

مؤجلا، فيكون الحاصل من ذلك كما فى حاشيه الكركى على الإرشاد أربع و عشرون صوره، يظهر بأدنى تأمل بطلان اثنتى عشره منها و الخلاف فى أربع إلى أن قال:

و فى شرح الإرشاد للشهيد أن الحاصل من ضرب صورتى اشتراط شراء المبيع فى نفس العقد و عدمه، فى الشراء بزياده أو نقيصه، أو بمساواه الجنس الثمن أو بغير جنسه، حالا أو مؤجلا، سته عشر، و هو غير ظاهر، بل اثنتا عشر صوره، لأن الشراء بالجنس، لا يخرج عن الزياده و النقصان و المساواه فهى ثلاث و بغير الجنس و الحلول و التأجيل ثلاثه أخرى، و مضروب الست، فى اثنين اثنتا عشره و إذا ضربت فى صورتى الشراء قبل حلول الأجل أو بعده، تبلغ أربعا و عشرين لا اثنين و ثلاثين كما ذكره فليتأمل» قلت: لعل الشهيد نظر الى ان الحلول و التأجيل لكل من الأربعه، أى البيع بغير الجنس و به زائدا أو ناقصا أو مساويا، و عليه تكون سته عشر فإذا ضربت فى صورتى الشراء قبل حلول الأجل و بعده، تبلغ اثنين و ثلاثين. و الأمر سهل. نعم عن الشهيد فى شرحه المزبور و احتمال إلحاق البيع بالجنس مساويا مؤجلا فى صور الخلاف، لأن للأجل زياده: و فيه أن العكس أقوى منه احتمالا، إذا المفروض ان المبيع كان مؤجلا، فبيعه بمقدار ثمنه حالا مخالف لثمنه، بل هو كذلك مع نقصان الأجل عن أجله، أو زيادته، و الله اعلم.

و لا يجب على من اشترى مؤجلا أن يدفع الثمن قبل الأجل و إن طولب إجماعا أو ضروره و إن دفعه تبر عالم يجب على البائع أخذه و إن لم يكن ضرر عليه بذلك، بلا خلاف أجده بيننا، بل فى الرياض «الإجماع عليه كالأول» و فى جامع المقاصد «نسبه الخلاف فيه الى بعض العامه» و لكن قد يتخيل الوجوب، و أنه كالدين الحال فى ذلك، لان فائده التأجيل الرخصه للمشترى بالتأخير، لا عدم وجوب الأخذ لو دفعه اليه قبله، فمصلحته مختصه به، و لذا يزداد الثمن عليه من أجله، و له طلب النقصان فى مقابله التعجيل، و عقد البيع بلا أجل يقتضى وجوب الدفع و الأخذ، و اشتراط الرخصه للأول لا يستلزمها للثانى، بل الظاهر أن المراد من الأجل التوسعه فى ذلك الزمان إلى نهايه

الأجل، أى لا يضيق إلا فى ذلك الزمان كالواجب الموسع، و قد يتفرع على ذلك أن للمشترى إسقاط حق التأجيل كما فى غيره من الحقوق لكن فى القواعد «أنه لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط و ليس لصاحبه المطالبه فى الحال» و علله فى جامع المقاصد «بأن ذلك قد ثبت بالعقد اللازم لانه المفروض، فلا يسقط بمجرد الاسقاط، و لأن فى الأجل حقا لصاحب الدين و لهذا لا يجب قبوله قبل الأجل، أما لو تقايلا فى الأجل فإنه يصح، و لو نذر التأجيل فإنه يلزم، و ينبغى أن لا يسقط بتقايلهما إذا التقايل فى العقد لا فى النذر» و فيه أن ثبوته بالعقد اللازم، لا يمنع من سقوطه بالإسقاط، كاشتراط الخيار و نحوه، و يمكن منع حقيه صاحب الدين فيه، و اتفاق وجود مصلحه له فى ذلك، لا ينافى كونه من حقوق المشترى، كالخيار المشروط له، كما أنه يمكن منع مشروعيه التقايل فيه خاصه دون أصل العقد، و لو صح رجع الى الإسقاط، و مع فرض أنه من حقوق المشترى خاصه، لم يعتبر اتفاق البائع معه على الإسقاط الذى هو بمنزله الإبراء، بل هو منه، كما أومى إليه هو فى حاشيه الإرشاد فى مسأله التعجيل بالنقيصه، بل لعله الظاهر من القواعد فى باب السلم.

و ما فى الرياض- من أنه نمنع استلزام انحصار فائدته فى الرخصه للمشترى بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الأصل الخالى عن المعارض من النص و الإجماع، لاختصاصه بغير صوره الفرض- يدفعه ما عرفت من اقتضاء العقد ذلك، و أن الشرط المزبور حق للمشترى خاصه، فيسقط بإسقاطه كغيره من الشرائط التى له على البائع، فالعمده حينئذ الإجماع المزبور. و الله اعلم.

و إن حل الأجل فمكنه المشترى منه بعد المطالبه أو قبلها وجب على البائع أخذه إذا كان مساويا لما فى الذمه قدر أو جنسا و وصفا، بلا خلاف

أجده فيه أيضا، بل فى الرياض الإجماع عليه، و هو الحجه بعد حديث الضرار(۱)الشامل للمقام، ضروره تحقق الضرر على المشترى ببقائه مشغول الذمه، و قد يناقش فى الوجوب من حيث الدفع بارتفاع الضرر بقبض الحاكم مع الامتناع أو بتشخص المدفوع للمشترى بحيث يكون الضمان منه معه، و العقد إنما يقتضى ملك الثمن على المشترى لا وجوب قبضه فهو كما لو كان الثمن عينا، فإنه لا يجب عليه القبض

من حيث الدفع، بل هو إن كان من حيث حرمه الإتلاف، و تدفع بأن الثابت من الأدله ذلك خصوصا قوله تعالى (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدفع و وجوب القبول و حينئذ فإذا انتفى سقط اعتباره، إذ هو كالدفع من المديون يجب عليه أولا-فإذا امتنع جاز التقاص من ماله و كيف كان فان امتنع البائع من أخذه ثم هلك من غير تفريط و لا تصرف من المشترى كان من مال البائع على الأظهر بل لا أجد فيه خلافا مع تعذر الحاكم، لأن فى هلاكه من المشترى ضررا عظيما، فيكون منفيا بالنص (۳)و تعين الدين بالقبض ممن له أو من يقوم مقامه- و لذا كان للمديون تغييره ما لم يقبض- إنما هو فى غير الفرض، ضروره أن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون، فإذا امتنع أحدهما فى محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره، حذرا من لزوم الضرر إنما الكلام فى اعتبار الحاكم و ظاهر الأصحاب قصر الحكم هنا عليه، إذ لم أجد فى كلام من وقفت عليه منهم ذكر غيره إلا-فى الحدائق فجعل عدول المؤمنين مرتبه أخرى هنا، و هو موقوف على عموم ولايتهم لمثل المقام، و فيه بحث، بل قد يظهر من إطلاق الشيخين و ابن حمزه فى المقنعه و النهايه و الوسيله و المتن و النافع و المحكى عن

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳ و ۵.

۲- ۲ سوره المائده الآيه ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳- ۴.

الـديلمی و القاضـی و کـذا التقی عـدم اعتبار الحاکم فی التلف من البائع، و لعله لعـدم ثبوت ولایته فی المقام، و إطلاق حدیث الضرار؛ خلافا للفاضل فی جمله من کتبه و الشهیدین و الکرکی و محکی المبسوط و السرائر، بل ربما قیل: إنه المشهور فخصوه بما إذا تعـذر الحاکم، و مقتضاه، کون المقاصه من المساوی للـدین کـذلک، اقتصارا فیما خالف الأصل الـدال علی عـدم تعیین الثمن للبـائع حیث کان کلیا إلا بقبضه علی محل الوفاق، و التفاتا إلی انـدفاع الضـرر عن المشتری بالـدفع إلی الحاکم، فلو قصـر کـان کالمفرط فی المال؛- من حیث تمکنه من دفعه إلی مسـتحقه أو نائبه، فیکون من ماله، و إلی أن الحاکم کما أنه قائم. مقام الغـائب، یقوم مقام الممتنع عمن یجب علیه؛ و لـذا یأخـذ الزکاه منه قهرا، و یتولی النیه، و یؤدی دیونه و ما یجب علیه من نفقه و نحوهـا من مـاله نعم هـل یجب ذلـک کما زائـد هو وظیفته؟ لکن فی الـدروس عن ابن إدریس وجوب القبض الی علی الحاکم بمجرد الامتناع، أو مع تعذر جبره علی الواجب و سؤال البائع القبض؟

قـد یقوی الثانی، و منه یعلم حینئـذ وجوب جبر الحاکم له علی ذلک کما هو وظیفته، لکن فی الدروس عن ابن إدریس وجوب القبض علی الحاکم، و لا یجب علیه الإجبار علی القبض أو الإبراء، و استبعده فیها، و هو کذلک.

نعم یمکن القول بعـدم إجباره إن لم یسأله الـدافع، کما فی سـلم جامع المقاصـد قال: «لأن یـده یـد رضـی بها المـدفوع له، و لم یصدر منه ما ینافیها» و قال فیه أیضا:

«إن للحـاکم قبضه و إن لم یجبره علی قبضه، و أنه لو لم یسأله الـدافع لم یجب علیه قبضه، و إنه یجوز ذلک له و إن لم یسأله» و فیه بحث فی الجمله یعرف مما ذکرنا.

ثم إن من الواضـح عـدم وجوب الدفع إلی الحاکم بعد الامتناع، بناء علی اعتباره، لعدم تشـخص المدفوع للبائع، بل هو باق علی ملک المشتری، فله التصرف فیه و إبقاء الحق فی ذمته. نعم إذا أراد إبراء ذمته من الحق دفعه إلی الحاکم، إذ الظاهر الاتفاق علی تشخصه بقبضه له، و ربما ظهر من بعض مشایخنا عدمه.

نعم يكون تلفه منه خاصه، و بناء على التشخيص بالامتناع من غير حاجه إلى قبض الحاكم يمكن القول بوجوب دفعه إليه، لأنه مال مسلم محترم يتمكن وصوله من وليه فيجب، و الأقوى عدم الوجوب، للأصل، لكن هل يبقى أمانه فى يده يجب حفظها أولا؟ قد يظهر من المتن و الدروس و غيرهما الأول، بل هو صريح اللمعه، و الثانى لا يخلو من وجه بل قوه، قال فى جامع المقاصد: «إذا امتنع المالك من القبض و تعذر الحاكم، زال الضمان عن الدافع بالتعيين لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العاده فيكون أمينا أم لا؟ فلا يكون الحفظ واجبا عليه، لم أجد به تصريحا للأصحاب، لكن قوه التأمل فى كلامهم تشهد للثانى حيث أطلقوا نفى الضمان عنه، دفعا للضرر، و لو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور، و ألزم بالضمان بالتقصير فيه، و يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأت به لكنه أعلم بالحال، و بين ما إذا أتاه و طرحه عنده، فينتفى وجوب الحفظ فى الثانى، دون الأول، و إن اشتركا فى عدم الضمان» و نحوه فى حاشيه الإرشاد له؛ و لعل مراده بالاشتراك فى عدم الضمان على تقدير عدم التفريط، لا مطلقا، فلا ينافى ما تقدم من قوله لو وجب ألزم بالضمان.

و على كل حال ففى جريان مثل ذلك فى الحاكم لو قبضه إشكال، لكن فى المسالك فى باب السلم فى شرح قول المصنف، و لو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك قال: «هذا مع إمكانه، و مع تعذره يخلى بينه و بينه؛ و تبرأ ذمته و إن تلف، و كذا يفعل الحاكم لو قبضه، إن لم يمكن إلزامه بالقبض» كالإشكال فى أصل ثبوت التشخيص بالامتناع مطلقا أو مع تعذر الحاكم على اختلاف القولين و إن كان ظاهر الأصحاب ذلك، بل هو صريح جماعه منهم، و قد يحتمل العدم، و إن كان لو تلف يكون من مال البائع على كل حال، إذ به يتحقق رفع الضرر، و يحصل الجمع بين قاعده عدم التشخيص إلا بقبض ذى الدين، و بينه

و ربما أومى إليه فى الدروس قال: «و لو امتنع البائع أثم، و لو هلك بعد تعيينه فمن ماله، ما لم يفرط فيه المشترى أو يتعدى، و للمشترى التصرف فيه، فيبقى فى ذمته؛ ضروره ان جواز تصرف المشترى فيه مستلزم لبقاء ملكه عليه، و حينئذ فالنماء بين التعيين و التلف له، اللهم إلا أن يقال: يمكن التزام الشهيد بأنه ملك البائع متزلزلا؛ فله الرجوع فيه، فالنماء حينئذ له، إلا إذا أعاده المشترى إلى ملكه و فى الروضه «إنه ربما قيل ببقائه على ملك المشترى و إن كان تلفه من البائع» ثم إنه قد ينقدح بناء على التشخيص القول بمثله فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب فى مال على حكم الإشاعه، بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما معا، و كذا لو تسلط الظالم بنفسه، و أخذ قدر نصيب الشريك، لكن فى جامع المقاصد و حاشيه الإرشاد لم أجد تصريحا للأصحاب بنفى و لا إثبات، مع أن الضرر قائم هنا، و فى الأول إن المتجه العدم، و فى الثانى إن الحكم مشكل، قلت:

و يؤيده الأصل و عدم التقصير من الشريك فلا ضرر من قبله. و الله أعلم.

و كذا البحث بتمامه فى طرف البائع إذا باع سلما لكن صرح المصنف هناك بقبض الحاكم، و لا فرق بين المقامين على الظاهر و كذا كل من كان له حق، حال أو مؤجل، فحل ثم دفعه، و امتنع صاحبه من أخذه، فإن تلفه من صاحبه الذى يجب عليه قبضه على الوجه المذكور لاتحاد الجميع فى المدارك كما هو واضح لكن لا يخفى أنه قد ذكرنا ذلك كله موافقه لكلماتهم التى جمله منها مجرد دعوى بلا دليل فضلا عن أن يصلح قاطعا لأصاله عدم تشخص الدين و عدم ملك المستحق، و عدم براءه ذمه المستحق عليه فى جمله من الصور المفهومه من كلامهم، كذا دعوى ملك المستحق لما يعينه المديون متزلزلا على وجه يجوز للدافع الرجوع به أو دعوى أنه باق على ملك الدافع و لكن التلف يكون من مال الديان.

نعم قد يقال: فى خصوص ما لو مكنه منه على وجه يدخل به تحت

يده عرفا، و تحت سلطانه و تحت قبضته برأت ذمه المديون و صيروره المال ملكا للديان لأنه قبض أو كالقبض، ضروره صدق الأداء و الوفاء و الإعطاء و نحوها مما هو مستفاد من خطاب الديان، و كذا بالنسبه إلى أداء الأمانه، و إيصال المغصوب، و خروج المبيع عن ضمان البائع، و ربما يشهد لذلك فى الجمله ما ذكروه فى غير المقام، من صدق الوفاء و إيصال الحق إلى مستحقه، بالدس فى المال على وجه يدخل فى قبضته و تحت سلطانه، و يمكن تنزيل عباره المتن و نحوها على هذه الصوره، و لذا لم يعتبروا اذن الحاكم، بخلاف غيرها من الصور التى لا يصدق معها التمكين فعلا. و إن قال له: إن حقك موجود هو فى الدار و نحو ذلك، مما هو طلب للتمكين منه، لا أنه مكنه فعلا، فان الظاهر عدم تشخص الحق بذلك و لو مع تعذر الحاكم و العدول، للأصل بل الأصول، و مشروعيه المقاصه لا تقتضى مشروعيه ذلك.

نعم هنا بحث فى ولايه الحاكم عنه فى القبض حينئذ أو فى حال الغيبه، و أراد المديون فراغ ذمته و هو شى ء آخر، غير ما نحن فيه من تعيين من عليه الحق، و بذلك يظهر لك النظر فى جمله من الكلمات؛ حتى ما سمعته من الكركى، فإنه و إن كان قد حام حول الحمى فيما ذكره من مسأله وجوب الحفظ و عدمه، إلا أن ظاهره الاكتفاء بتعيينه فى الصوره الاولى، و إن وجب عليه الحفظ، فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و يجوز بيع المتاع حالا و مؤجلا، بزياده عن ثمنه و نقصان جوازا لا خيار فيه إذا كان كل من البائع و المشترى عارفا بقيمته ما لم يكن سفها، و الا بطل العقد إن كان بعد تحجير الحاكم أو قبله، بناء على عدم الحاجه إليه فى منع تصرفه، كما أن للمغبون منهما الخيار مع الجهل بالقيمه، بلا خلاف و لا إشكال فى شى ء من ذلك، و إن كان فى عباره المتن و غيرها من عبارات الأصحاب خلل ما فى تأديه ذلك، إلا أنه سهل بعد وضوح الحال و معلوميه الحكم.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه لا يجوز تأخير ثمن المبيع و لا شى ء من

الحقوق المـاليه بزياده فيها لأنه ربا محرم كتابا(۱)و سنه(۲)و إجماعـا، فلا يجوز سواء وقع على جهه البيع، أو الصـلح، أو الجعاله، أو غيرها، و لو اشترط فى عقد آخر فسد و أفسد، إذ هو لا يحلل الحرام.

نعم لا بأس بجعل الزياده المبذوله فى ثمن مبيع آخر، لا فى مقابلها، مع اشتراط التأخير فى الدين الحال إلى الأجل المسمى، كما صرحت به النصوص و الفتاوى

قال محمـد بن إسـحاق بن عمار(۳)للرضـا عليه السـلام: «الرجـل يكون له المـال، فـدخل على صـاحبه، يبيعه لؤلؤه بألف درهـم، تساوى ماءه درهم و يؤخر عليه المال إلى وقت؟ فأجابه لا بأس قد أمرنى أبى ففعلت ذلك»

و

قال لأبى الحسن عليه السـلام (۴): «يكون لى على الرجـل دراهم، فيقول: أخرنى بهـا و أنـا أربحـك، فأبيعه جبه تقوم على بألف درهم، بعشره آلاف درهم، أو قال: بعشرين ألف و أؤخره بالمال؟ قال: لا بأس»

و

قال عبد الملك (۵): «سـألته عن الرجـل أريـد أن أعينه المال و يكون لى عليه مال قبل ذلك، فيطلب منى مالا أزيـده على مالى الذى لى عليه، أ يستقيم أن أزيده مالا و أبيعه

لؤلؤه، تسـاوى ماءه درهم بألف درهم، فأقول أبيعك هـذه اللؤلؤه بألف درهم على أن أؤخر بثمنها و بمالى عليك بكـذا و كـذا شهرا؟ فقال: لا بأس»

إلى غير ذلـك مما هو صـريح فى الجواز على الوجه المزبور و ظاهر فى عـدمه مع جعل الزياده فى مقابل التأخير، و لا يقـدح فى ذلك كونها حيله للتخلص من الربا، بعد أن وردت بها النصوص و أفتى به الأصـحاب، بل هى على مقتضـى الضوابط الشرعيه، و نعم الحيله، ما يفر بها من الباطل إلى الحق.

و كذا يجوز تعجيلها أى سائر الحقوق الماليه المؤجله بنقصان منها

۱- ۱ سوره البقره الآيه ۲۸۸.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب الربا.

۳- ۳ الوسائل الباب ۹ من أبواب أحكام العقود الحديث ۶.

۴- ۴ الوسائل الباب ۹ من أبواب أحكام العقود الحديث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب ۹ من أبواب أحكام العقود الحديث ۵.

بلا خلاف أجده فيه على جهه الصلح، و هو المسمى بالحطيطه أو الإبراء من كل منهما، و يدل عليه- مضافا إلى الأصل-

مرسل أبان (۱)عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل النصف من حقى على أن أضع عنك النصف أ يحل ذلك لو احد منهما؟ قال: نعم»

و

قال ابن أبى عمير(۲): «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى، فيأتيه غريمه، فيقول له:

انقدنى كذا و كذا، و أضع عنك بقيته، أو يقول: انقدنى بعضه و أمد لك فى الأجل فيما بقى عليك؟ فقال: لا ارى به بأسا، إنه لم يزد على رأس ماله، قال الله جل ثنائه (۳)«فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ»

و نحوه صحيح محمد بن مسلم (۴)و منهما يعلم جواز الصلح عن التأخير بغير الزياده، لعدم تحقق الربا فيه هنا. فتأمل جيدا و ستسمع فى باب القرض تمام البحث فى هذا المسأله. إنشاء الله تعالى و الله أعلم.

و من ابتاع شيئا بثمن مؤجل و أراد بيعه مرابحه أى بالزياده على رأس المال بما يتراضيان به، كما أن التوليه، البيع بما يساويه، و الوضيعه بالأنقص، و المساومه بما يقع الرضا به من غير اعتبار لرأس المال، و الواجب فى الأول الإخبار بقدر الثمن و جنسه و وصفه، فمع فرض أنه مؤجل فليذكر الأجل لأن له قسطا من الثمن فإن باع حالا أو إلى أجل دون أجله و لم يذكره صح البيع بلا خلاف، بل الإجماع بقسيمه عليه للعموم و خصوص النصوص (۵)و وجود المقتضى، مع عدم ما يصلح للمانعيه، سوى التدليس المزبور الذى هو كالداعى إلى تعلق الرضا و القصد إلى البيع المخصوص.

نعم كان المشترى بالخيار بين رده، و إمساكه بما وقع عليه العقد للتدليس،

۱- ۱ الوسائل الباب ۷ من أبواب الصلح الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من أبواب الصلح الحديث ۲.

۳- ۳ سوره البقره الآيه ۲۷۸.

۴- ۴ الوسائل الباب ۳۲ من أبواب الدين الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب ۲۵ من أبواب أحكام العقود.

و لفوات ما هو كالشرط و الوصف، و لحديث الضرار(۱)المنجبر هنا بفتوى كثير، بل فى تعليق الإرشاد الأكثر، بل فى الرياض أنه الأشهر بين الطائفه، سيما متأخريهم بل ظاهرهم الاتفاق عليه كافه، إلا من الشيخ فى النهايه و القاضى و ابن حمزه، بل فى موضع آخر منه أنه المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا من متأخرى الطائفه، مع رجوع الشيخ فى الخلاف و المبسوط عما فى النهايه مؤيدا ذلك كله بثبوته فيما هو مثله فى المعنى، من الكذب و الخطاء بمقدار الثمن من غير خلاف يعرف فيه بينهم الا من المحكى عن الإسكافى، فله الأخذ بحط الزياده و ربحها و المبسوط حيث يظهر غلطه و عن الخلاف أنه قواه مع أنه لا دلاله فى كلام الإسكافى على سقوط الخيار، و لعله يثبته له مع ذلک.

و لكن المروى هنا أنه يصح البيع و يكون للمشترى من الأجل مثل ما كان للبائع ف

فى صحيح هشام (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يشترى المتاع إلى أجل فقال: ليس له ان يبيعه مرابحه الا إلى الأجل الذى اشتراه فان باعه مرابحه و لم يخبره كان للذى اشتراه من الأجل: مثل ذلک»

و

خبر أبى محمد الوابشى (۳)الذى لا تقدح جهالته بعد ان كان الراوى عنه ابن محبوب فى وجه فى معقد الإجماع على تصحيح ما يصح عنه قال: «سمعت رجلا يسأل أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل اشترى من رجل متاعا بتأخير إلى سنه، ثم باعه من رجل آخر مرابحه، إله أن يأخذ منه ثمنه حالا و الربح؟ قال: ليس عليه إلا مثل الذى اشترى، إن كان نقد شيئا فله مثل ما نقد، و إن لم يكن نقد شيئا فالمال عليه إلى الأجل الذى اشتراه»

و

خبر ميسر بياع الزطى (۴)الذى هو كالصحيح فى الوجه المزبور، لأن فى السند صفوان قال لأبى عبد الله عليه السلام. «إنا نشترى المتاع بنظره، فيجى ء الرجل، فيقول:

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳- ۴.
۲- ۲ الوسائل الباب ۲۵ من أبواب أحكام العقود الحديث ۲.
۳- ۳ الوسائل الباب ۲۵ من أبواب أحكام العقود الحديث ۳.
۴- ۴ الوسائل الباب ۲۵ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

بکم یقوم علیکم؛ فأقول: بکذا و کذا فأبیعه بربح؟ فقال: إذا بعته مرابحه کان له من النظره مثل مالک قال: فاسترجعت و قلت: هلکنا»

الحدیث و المراد منه بقرینه الخبرین السابقین، أنه إذا باعه مرابحه و لم یذکر الأجل، لا أن المراد بیان وجوب الاخبار خاصه فهو واضح الدلاله کالسابقین.

و أما السند فقد عرفت حاله فی جمیعها فالعمل بها متجه خصوصا بعد ان لم تکن مهجوره، بل عمل بها الإسکافی و الشیخ فی النهایه و القاضی و ابن حمزه، و المحدث البحرانی علی ما حکی عن بعضهم، و مال إلیه الأردبیلی، أو قال به فی المحکی عنه، و لم یعلم حال من لم یتعرض لذلک منهم، کالصدوق و المفید، و أبی یعلی، و علم الهدی و الراوندی علی ما قیل، و عن صاحب الرموز التوقف، کالشهید فی غایه المراد، و ظاهر الدروس و المحقق الثانی فی تعلیق الإرشاد، بل قیل أن التوقف ظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام. و التنقیح و المقتصر، و التوقف من جهتها، کالعمل بها فی الخروج عن الشذوذ و الهجر، بل عمل بها فی المختلف فی الجمله قال بعد ان ذکرها دلیلا للشیخ. «و الجواب انها محموله علی ما إذا باعه بمثل ما اشتراه و أخفی عنه النسیئه و لم یشترط النقد، فإنه و الحال هذه، یکون له من الأجل مثل ما کان للبائع علی إشکال».

و إن کان قد یناقش فیه بأنه- مع کونه إحداث قول فی المسأله- لا فرق فی ظاهرها بین التصریح بالنقد و عدمه، بعد أن کان الإطلاق منصرفا إلیه، خصوصا بعد ما عرفت من تصریحهم بأنه مؤکد، علی أن الظاهر اتحاد محل النزاع فی کلام الأصحاب مع مضمون النصوص، و الظاهر أن مراد المختلف بقوله باعه بمثل ما أشتریه، التصریح بتعیین الثمن، و أنه هو الذی اشتراه به و أخفی النسیئه، لا أنه عقد البیع کذلک، ضروره بطلانه حینئذ، فضلا أن یکون له من الأجل مثله.

لکن فی حاشیه الإرشاد للکرکی «ظاهر الاخبار یقتضی ثبوت مثل الأجل؛

لکن لیس فیها تصریح بکون البائع عین الثمن و أهمل الأجل، أو باع بمثل ما اشتراه و لم یعین شیئا، و المصنف فی المختلف حمل الروایات علی المعنی الثانی و أشکله، و أکثر الأصحاب علی أنه یلزم المشتری الثمن حالا» ثم قال: «و أقول: إذا عین البائع الثمن و أهمل ذکر الأجل و جری العقد علی ذلک ینبغی الجزم بالصحه من غیر أجل إذ لیس فی الاخبار و لا غیرها ما ینافی ذلک، غایه ما فی الباب ثبوت الخیار للمشتری للتدلیس، فإن للأجل قسطا من الثمن، و إذا باع بمثل ما اشتراه و لم یعین شیئا و کان مؤجلا استحق مثل الأجل إن صححنا البیع، و هذه مدلول الروایات، لکن نحن فی صحته من المتوقفین؛ لما فیه من الغرر» و هو کما تری، بل الخبر الثالث کالصریح فی خلافه.

و کیف کان فالعمل بالنصوص متوجه، سیما مع عدم شده مخالفتها للقواعد، إذ لیس إلا اقتضاء إطلاق العقد الحلول و قد یمنع فی مثل المقام، المبنی علی البیع مرابحه؛ بل لو صرح فیه بذلک، بزعم أن رأس المال کذلک أمکن عدم الالتفات الیه.

نعم یمکن القول بثبوت الخیار مع ذلک، إن لم ینعقد الإجماع علی خلافه إذ ربما یکون مقصوده الشراء حالا، لعدم المنافاه بینها و بین ما دل علیه، و الظاهر إراده ثبوت مقدار أجل البائع للمشتری من النصوص المزبوره، لا ما بقی من أجل البائع، إذ قد یبیعه بعد حلول أجله علیه، کما أن الظاهر مساواه هذا الأجل للأجل المذکور فی العقد فی جمیع الأحکام المذکوره، من الحلول بالموت، و عدم وجوب القبض علی البائع، لو دفعه إلیه المشتری قبل الحلول و نحو ذلک، و لا یسقط هذا الخیار بناء علیه ببذل البائع الأجل، و لا بتلف المبیع من المشتری، و لا بتصرفه فیه قبل العلم به، بل یفسخ و یرد القیمه أو المثل نحو ما سمعته فی خیار الغبن، و فی القواعد النظر فی السقوط بالأخیرین و قد مر فی الغبن و فی بحث تلف المبیع مده الخیار ما یعلم منه الحال هنا، فلا نعیده فلاحظ و تأمل.

و لو باعه وضیعه أو تولیه و لم یخبره ففی تعدیه المبحث المزبور قوه کالقوه

فیما لو باعه مؤجلا دون الأجل الذی اشتری به، و لو باعه مؤجلا مرابحه بمقداره لکن لا علی أن رأس المال کذلک، ففی تسلط المشتری علی الخیار وجه أیضا و الله اعلم.

[النظر الثانی فیما یدخل فی المبیع]

اشاره

النظر الثانی من السته فیما یدخل فی المبیع و المعروف بینهم أن الضابط الاقتصار علی ما یتناوله اللفظ. لغه أو عرفا لکن قال ثانی الشهیدین منهم: «المراد بالعرف ما یشمل الخاص الذی منه الشرعی، بل هو مقدم علیهما إذا لم تتفق، ثم العرفی، ثم اللغوی» و تبعه فی الحدائق، فقال «إن الأظهر أن یقال إن الواجب هو حمل اللفظ علی الحقیقه الشرعیه إن وجدت، و إلا فعلی عرفهم علیهم السلام، لانه یقدم علی عرف الناس، و إلا فعلی ما هو المتعارف فی ألسن المخاطبین، و المتبادر فی محاوراتهم، و إن اختلفت فی ذلک الأصقاع و البلدان، ثم مع تعذر ذلک فاللغه، و ربما قدم بعضهم اللغه علی العرف».

و هو من غرائب الکلام، إذ فیه ما لا یخفی إذا أراد تقدیم الشرعی علی العرف الخاص للمتعاقدین، ضروره تبعیه عقد هما لقصدهما، بل لو قصدا غیره مع الجهل به بطل و لو الشرعی، نعم لو علماه و قصداه صح و إن کان غیر عرفهما، من غیر فرق بین الشرعی و العرفی، بل و فیه أیضا فیما إذا لم یکن لهما عرف خاص، بل کان للعرف العام الشامل لهما معنی مغایر للشرعی- أن الظاهر إراده ذلک من لفظهما، لا الحقیقه الشرعیه التی یحمل علیها لفظ الشارع و من تبعه فی الاستعمال، و بعض

النصوص الوارده فی بعض الألفاظ فی النذور الوقف و الوصیه، مع أنها و أرده فی موارد خاصه، بل قیل إنها فی الألفاظ التی لم یعلم لها معان معینه فی العرف و اللغه، و إنما هی مجمله، أو مبهمه غیر متفق علیها بین الطائفه فی موردها، فضلا عن غیره، و البحث فی تقدیم العرفیه علی اللغویه، أو العکس إنما هو فی الاستعمال الذی لم یعلم حصوله قبل هجر اللغه أو بعده، لا فی مثل المقام الذی فرض ذلک فیه نادر. و ظنی أن الاشتباه نشأ من ذکر هذا الترتیب فی الألفاظ الوارده فی خطاب الشارع فزعموا أن المقام مثله و الفرق بینهما فی غایه الوضوح.

نعم قد یقال: بتقدم الحکم الشرعی علی ما هو مقتضی العرف کما تسمعه فی دخول ثمره النخل قبل التأبیر فی ملک المشتری و إن لم یکن هو علی مقتضی العرف، بل و إن کان العرف علی خلافه، و هو- مع أن فیه من الإشکال ما تسمعه- غیر محل البحث لکن قد یریده الشهید أو نحوه مما لا یکون به مخالفا.

ثم ینبغی أن یعلم أن ما یدخل فی المبیع قد یکون من جهه تناول اللفظ، و قد یکون من جهه غیره، و کلام معظم الأصحاب هنا فی بیان الأول، و إن شمل بعض کلماتهم و لو من حیث تعلق البیع التوابع فی المبیع التی یقطع بعدم تناول لفظ المبیع لها، کطریق الدار، و ثیاب العبد، إلا أن الأمر سهل. بعد أن کان المرجع فی حکم التبعیه الشرع، أو العرف إذ الفرض عدم ذکر ما یدل علیها فی العقد الناقل، و قد لا تکون حاضره فی ذهن المتعاقدین، و دعوی أن الدلاله التزامیه، یدفعها منع اللزوم بینها، و بین متعلق البیع مع أن المحکی عن قطب الدین الرازی، أن المراد بتناول اللفظ بالدلاله المطابقیه و التضمنیه لا الالتزامیه. فلا یدخل الحائط لو باع السقف و استحسنه فی المسالک.

لکن فی الحدائق بعد أن حکی ما سمعت عن القطب، حکی عن الأردبیلی أن المراد بالمعانی ما یفهم منها بحسب التخاطب إراده اللافظ ذلک مطابقا، أو تضمنا، أو

التزاما، ثم قال: «و هو الأظهر بالنظر إلى ما قد منا نقله عنهم من الحواله على العرف، قلت: الدلاله الالتزاميه المصطلحه هى الانتقال من اللفظ الدال على الملزوم إلى اللازم، بواسطه اللزوم بينهما عقلا أو عرفا، أراده اللافظ أو لم يرده، فتعليق صيغه البيع باللفظ الدال على الأول، لا يقتضى إراده نقل الثانى قطعا، و إن دل عليه اى صار سببا لحضوره فى ذهن السامع عند ذكر الدال على الملزوم، و بينهما بون بعيد، و فرضه لازما للإراده بمعنى إن قصد نقل أحدهما يلزمه قصد نقل الأخر فى الدلاله الالتزاميه المصطلحه يمكن منع تصوره، فلم يبق فى مثل التوابع المزبوره إلا التبعيه شرعا أو عرفا، لنقل ذلك المبيع، لا أنه قصد بالعقد نقلها، و أنه هو الذى أثر انتقالها كالمتبوع، و حيث كان الناقل فى الفرض لفظ صيغه البيع، أمكن اندراجه حينئذ فى الضابط المزبور بهذا الاعتبار، بناء على إراده ما يشمل ذلك من اللفظ فيه، و إلا فهى تابعه للنقل، و لو كان بالفعل بناء على حصوله بالمعاطاه، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

ثم إن الظاهر كون محل البحث فى اللفظ الذى صار موردا للعقد حال غفله المتعاقدين عما شك فى دخوله فيه، و عما اختلف فيه، إذ مع تنبههما لذلك و لم يتعرضا للدخول و الخروج، و لا كان العرف عندهما منقحا، يقوى بطلان البيع للجهاله، إذ إناطه البيع بمعنى اللفظ؛ مع فرض عدم معرفته لا ريب فى كونه منها، بخلاف ما إذا كانا غافلين و اكتفيا فى علم المبيع بمعظم أجزائه، و لم يتنبها لاستحضار تمامها، فإن الصحه فيه واضحه و يتجه حينئذ نزاعهما فى دخول بعض الأشياء و خروجها، و المرافعه للحاكم، فيحكم بينهما بحسب ما يراه من الدخول و الخروج و لو من جهه الشك، و قد يقال: بالصحه فى الأول أيضا، بناء على عدم قدح مثل هذه الجهاله فى أمثال ذلك فى الصحه بعد ان كان معظم المراد من اللفظ معلوما، فتأمل جيدا.

كما أنه يمكن القول بالبطلان فيهما، هذا كله مع الجهل فى أجزاء مسمى مورد العقد، أما الجهل بالتوابع فغير قادح، إذ قد عرفت أن مرجعها إلى الشرع، لا إلى

ألفاظ المتعاملين، و المسأله غير منقحه فى كلام الأصحاب، و ظن المجتهد الذى يترافعان إليه فى الدخول و الخروج كاف، لأنه من ظن الموضوع، بل لا يبعد الاكتفاء به فى ظن التبعيه.

و كيف كان فقد تعارف بين الأصحاب البحث فى ألفاظ مخصوصه لكثره دورانها، فمنها لفظ البستان و الباغ فمن باع بستانا دخل فيه الشجر و النخل و الأرض بلا خلاف و لا إشكال، من غير فرق بين ما قصد منه الثمر من الشجر و غيره، بل الظاهر دخول الميت من النخل فيها، إذا لم تكن مقطوعه، فضلا عن المشرف، و كذا الشجر على إشكال فيه، و السعف اليابس فى النخله، و الأغصان اليابسه فى الشجره، لكن فى القواعد «لا يدخل الغصن اليابس، و لا السعف اليابس على إشكال، و فى ورق التوت نظر» إلا أن ضعفه واضح، و القطع عاده لا يخرجه عن الجزئيه.

و أما الأبنيه فلا ريب فى دخول سورها فيه كما نص عليه فى جامع المقاصد و محكى التذكره، و كذا غيره مما يعد من توابعها و مرافقها، و يدخل فى نحو إطلاق باع فلان بستانه، و لكن فى القواعد الإشكال فيه و فى المسالك وجهان، من ذلك، و من عدم دخوله فى مسماه لغه، و لذا يسمى بستانا و إن لم يكن فيه بناء، بخلاف ما إذا لم يكن فيه شجر، فتنتفى دلاله المطابقه و التضمن، و أما انتفاء دلاله الالتزام فلعدم كونه لازما بحيث يلزم من تصوره تصوره، و فيه أنه يمكن كونه جزء من الفرد المبيع، لا من مفهوم البستان الصادق مع عدمه، كصدقه مع قطع بعض الأشجار منه، و لعل الأقوى: الرجوع فيه إلى العاده المختلفه باختلاف الأمكنه، و أوضاع البناء و غيرهما، و إليه أومى فى الدروس بقوله يدخل فيه الجدار و البناء الذى جرت العاده بكونه فيه دون غيره، لكن فى التذكره «عندنا لا يدخل» و لا ريب فى تبعيه المجاز، لأنه من ضرورات الانتفاع بها، بل و الشرب أيضا لذلك، كما جزم به فى الدروس و جامع المقاصد، لكن فى القواعد و التذكره الإشكال فيهما،

و لا وجه معتد به للأول، بل و الثانی مع الانحصار، لامتناع الانتفاع المطلوب من البستان بدونه کما هو واضح.

و احتمال کون الإشکال من حیث المفهوم- و إن کان داخلا بوجه آخر- فیه ما لا یخفی، کاحتمال کونه مع التمکن من مجاز و شرب أعزلها، و کذا یتبعها العریش الذی یوضع علیه الغضبان إذا کان ثابتا دائما أو غالبا، دون المنقول دائما أو غالبا، مع أن فی الدروس وجها فی الدخول، و أطلق فی القواعد الدخول علی إشکال، کإطلاقه فی التذکره أن الأقرب عدم الدخول، و لیس لفظ الکرم کالبستان قطعا، خلافا للمحکی فی التذکره عن الشافعیه قال: و لیس جیدا، فإن العاده و العرف و الاستعمال یقتضی عدم دخول الحائط فی مسمی الکرم، و دخوله فی البستان، و فی المسالک أن المرجع فی دخول الأرض و العریش و الطریق و الشرب و البناء، لو باعه بلفظ الکرم العرف، فإن أفاد دخولها فی مسماه دخل، و إلا فلا، و لو أفاد دخول بعضها خاصه اختص به و کذا القول فی باقی الأشجار الثابته معه، و مع الشک فی تناول العرف لها لا تدخل. و أوضح من ذلک ما فی الدروس «و لو باعه بلفظ الکرم تناول العنب لا غیر إلا مع القرینه».

و منها الدار التی أشار إلیها المصنف بقوله و کذا من باع دارا دخل فیها الأرض و الأبنیه الأعلی و الأسفل بلا خلاف و لا إشکال إلا أن یکون الأعلی مستقلا بما تشهد العاده بخروجه مثل أن یکون مساکن منفرده لها طریق مخصوص و نحوه، کما فی بعض البلدان، و الظاهر اشتراک السقف حینئذ بینهما، و علیه یحمل إطلاق

المکاتبه الصحیحه(۱)«فی رجل اشتری من رجل بیتا فی دار له بجمیع حقوقه، و فوقه بیت آخر، هل یدخل البیت الأعلی فی حقوق البیت الأسفل أم لا؟ فوقع علیه السلام لیس له إلا ما اشتراه باسمه و موضعه إنشاء الله»

مع أنها فی البیت لا فی الدار.

و کذا لا خلاف و لا إشکال فی أنه تدخل الأبواب المنصوبه، و الحلق، و المغالق، و السلاسل، و العتبات و الأغلاق المنصوبه علیها فی بیع الدار و إن

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۱ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

لم يسمها بل الظاهر دخولها فيها لا في بيعها خاصه، كما هو ظاهر العباره و كذا الأخشاب المستدخله فى البناء بل و الأوتاد المثبته فيه، و السلم المثبت فى الأبنيه على حذو الدرج بل و الحمام المعد لها و الحوض و الخوابى المثبته فى الأرض و الحيطان بحيث تصير من أجزائها و توابعها، خلافا للفاضل فى التذكره كما حكاه فى المسالك، فنفى دخول السلالم المسمره، و الرفوف الموضوعه على الأوتاد من غير سمر، و الأوتاد المثبته، لخروجها عن اسم الدار، و فى أكثر كتبه كما

حكاه فى المسالك أيضا الخوابى مطلقا، و قد يحمل على ما لا تعد من أجزائها.

قال فى التذكره: «ما أثبت فى الدار لا على وجه الدوام و البقاء فيها كالرفوف و الدنان و الإجانات المثبته و السلالم المسمره و الأوتاد المثبته فى الأرض و الجدران و التحتانى من حجرى الرحا، و خشب القصار و معجن الخباز، الأقرب عدم دخوله، لأنها ليست من أجزاء الدار، و إنما أثبتت لسهوله الارتفاق بها كيلا يتزعزع و يتحرك عند الاستعمال» و قال فى الدروس: «لا يدخل فيها ما بها من آله و لو كانت مدفونه» ثم بعد أن حكى عن الشيخ دخولها، لأنها كالخزائن قال: «نعم لو كانت الخابيه مثبته فى الجدران، قرب دخولها» و فى المسالك «لو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعا» قلت: قد يناقش فيه على إطلاقه.

و كيف كان فلا يدخل فيها الكنوز المذخوره، و الأحجار المدفونه، و ما ليس بمتصل كالفرش، و الستور، و الحبل، و الدلو، و البكره، و القفل، و نحو ذلك، و يقوى دخول ألواح الدكاكين، كما فى المسالك، و استشكل فيه فى القواعد، و فى التذكره «أن الأقرب الدخول، لأنها أبواب لها؛ فأشبه الباب المثبت، و يحتمل عدم الدخول، لأنها تنقل و تحول فكانت كالفرش» قلت: لا ريب فى دخول الألواح التى هى أبواب لها و إن لم تكن ثابته لسهوله الارتفاق بسعه الباب، أما الألواح المسماه بالخوان، فى عرفنا، فالظاهر عدم الدخول، لأنها من الآلات فتأمل جيدا.

و فی دخول المفاتیح للأغلاق المنصوبه تردد، و دخولها أشبه لأنها من التوابع للأغلاق التی عرفت دخولها و لا تدخل الرحی المنصوبه قطعا إلا مع الشرط خلافا للمحکی عن المبسوط، و ضعفه واضح، و إثباتها لسهوله الانتفاع بها، لا لإدخالها فی الدار، و یدخل فی بیع الدار المجاز، و لو قال بحقوقها و تعدد دخل الجمیع، و لو لم یقل، ففی القواعد إشکال، قال: «فإن قلنا بدخول الجمیع فلا بحث، و إلا وجب التعیین» و کذا یدخل فیه البئر، بل و الماء الذی فیه، کما نص علیه فی التذکره و لا تقدح جهالته بعد أن کان من التوابع، خلافا للمحکی عن المبسوط، فلم یدخله لان له ماده مجهوله تمنع من صحه بیعه، فتمنع من دخوله، و تبعه القاضی کما فی الدروس و الله أعلم.

و لو کان فی الدار نخل أو شجر لم یدخل فی الدار و لا فی المبیع بلا خلاف کما عن التنقیح الاعتراف به فی بیع الأرض التی هی کالدار فی ذلک؛ و فی التذکره «لو کان وسطها أشجار لم تدخل عندنا» فإن قال بحقوقها قیل و القائل الشیخ کما فی المسالک یدخل بل فیها أنه یفهم منه الدخول و إن لم یقل بحقوقها، محتجا بأنه من حقوقها، و فی الدروس عن المبسوط دخول الشجر و النخل فی بیع الدار، و ضعفه المصنف فقال:

و لا أری هذا شیئا، بل لو قال و ما دار علیه حائطها أو ما شاکله، لزم دخوله، و الذی حکاه الفاضل و غیره عن الشیخ، الدخول فی بیع الأرض إذا قال ذلک، لا الدار، بل قیل إنه وافقه علیه القاضی و ابن حمزه و ابن زهره اللهم إلا أن لا یفرق بینهما.

و علی کل حال فلا ریب فی ضعف الدخول، سیما مع کونه علی خلاف الأصل، و دعوی کونه من الحقوق ممنوعه فی الغالب؛ بل لو فرض ذلک فی بعض الأشجار و الزرع المقصود منها نزهه الدار و حسنها کان خارجا عن محل النزاع، و یکون من قبیل الدخول بالقرائن، بل لا یحتاج فیه إلی التصریح بالحقوق.

و

مکاتبه الصفار(۱)فی الصحیح إلی أبی محمد علیه السلام «فی رجل اشتری من رجل

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۹ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

أرضا بحدودها الأربعه و فيها زرع و نخل و غيرهما من الشجر، و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر فى كتابه، و ذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخله فيها؛ و الخارجه منها، أ يدخل النخل و الأشجار فى حقوق الأرض أم لا؟ فوقع عليه السلام، إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أغلق عليه بابها، فله جميع ما فيها إنشاء الله»

أوضح دلاله على العدم منها على الدخول، من حيث تعليق الدخول فيها على ذكر ما أغلق

عليه بابها، الدال بالمفهوم على العدم، مع عدم ذكره، و المنطوق لا خلاف فيه نقلا و تحصيلا لدلاله العرف.

و إذا استثنى نخله مثلا فله الممر إليها و المخرج منها و مدى جرائدها و عروقها من الأرض و ليس للمشترى منع شى ء من ذلك، لانه من حقوقها التابعه لها، كما أنه للبائع ذلك لو انعكس الأمر.

نعم لا- يدخل نفس الأرض فى بيع النخل أو الشجر، للأصل، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف الانتفاع بالشجره و ثمرتها من الحرث و السقى و جمع الثمره و نحو ذلك من حقوقها.

قال الصادق عليه السلام فى خبر السكونى (۱): «قضى رسول الله صلى الله عليه و آله فى رجل باع نخلا و استثنى نخله، بالمدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها»

ك

خبر عقبه بن خالد(۲)«عن النبى صلى الله عليه و آله قضى فى هرائر النخل ان تكون النخله و النخلتان للرجل فى حائط آخر، فيختلفون فى حقوق ذلك، فقضى أن لكل نخله من أولئك من الأرض مبلغ جريده من جرائدها حين يعدها».

و لعل الأصل فى الخبر حريم النخل، ثم اعتراه التصحيف، و على كل حال فالمراد واضح؛ و ليس أنه يملك مقدار ذلك من الأرض، بل المراد كون ذلك من الحقوق؛ فليس للمالك حينئذ أن يثنى الجرائد، أو يقطع العروق، بل ليس له العمل

فى الأرض بما يضر بالعروق، أو النخله، أما إذا لم يضر فالظاهر جوازه، و فى

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۰ من أبواب أحكام العقود الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب أحكام إحياء الموات الحديث

المسالک «أن فی الجواز احتمالا وجیها، لانه مالک الأرض، و إنما استحق مالک الشجره ما یحتاج إلیه بطریق الاستتباع لتوقف الانتفاع علیه، لا الملک، فیقتصر فیه علی موضع الیقین» ثم قال: «و کذا لا یجوز لمالک الشجره الانتفاع بما یخرج عن متعلقاتها، من الزرع تحتها، و الإقامه عندها زیاده علی المعتاد فی أمثالها، مع احتماله أیضا» قلت: لا وجه للاحتمال المزبور إذا لم یتوقف علیه مصلحه النخله.

و کیف کان فلا ینبغی التأمل فیما ذکرناه من الأحکام المزبوره، لکن

قال محمد بن الحسن الصفار(۱)«کتبت إلیه فی رجل باع بستانا له فیه شجر و کرم، و استثنی منها شجره، هل یمر إلی البستان إلی موضع شجرته التی استثناها، و کم لهذه الشجره التی استثناها من الأرض التی حولها، بقدر أغصانها، أو بقدر موضعها التی هی ثابته فیه فوقع علیه السلام، له من ذلک علی حسب ما باع، فلا یتعدی الحق فی ذلک، إنشاء الله»

و لعل مراده نفی الملکیه، لا الاستحقاق بالمعنی الذی ذکرناه و الله أعلم.

و قد ظهر لک مما ذکرنا أو لا أنه لو باع أرضا و فیها نخل أو شجر، کان الحکم کذلک الذی سمعته أی لا یدخل ما لم یأت بالعباره السابقه و نحوها مما تدل علی الشمول و کذا لو کان فیها زرع لم یدخل أیضا فی بیع الأرض، و لو کان بذرا لما عرفت سواء کانت له أصول تستخلف أو لم یکن، لکن یجب تبقیته فی الأرض حتی یحصد لانه أو انه الذی ینتظر، و المراد باستخلاف الأصول، أنه یجز مره بعد أخری، و یجب تبقیته حینئذ إلی أن تنتهی جزاته، و یستقلع، و الجمیع للبائع، للأصل، لکن فی الدروس «عن الشیخ و القاضی أنه ان کان مجزوزا فهو للمشتری، و إلا فالجزه الأولی للبائع، و الباقی للمشتری» و لا ریب فی ضعفه.

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۰ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

نعم لو شرطه المشترى، أو دلت القرينه، دخل كغيره من الزروع سنبلا، و قطنا مفتحا و غيره كان أو غيرهما، خلافا للمحكى عن المبسوط فلا يصح فى السنبل و القطن، للجهاله له؛ مع أنه جوز بيع السنبل و البذر مع الأرض، و عن المختلف إن كان البذر تابعا دخل بالشرط، و إن كان أصلا، بطل، قلت: الصحه مطلقا لا تخلو من قوه، بل فى الدروس انه الوجه، و منها النخل و الشجر، و يدخل فيه و لو بالتبعيه، الكبيره، و الصغيره، و العروق، و المجاز، و الشرب، على حسب ما عرفته سابقا فى بيع البستان، و لا تدخل الأرض كما سمعته حينئذ أيضا؛ بل و لا الإفراخ المتجدده، و إن كانت هى ملكا للمشترى؛ باعتبار كونها نماء ملكه، و تظهر الثمره فى عدم وجوب إبقاؤها على البائع كالأصول، بل له الإزاله، لأن البيع إنما اقتضى إبقاء الشجره و ما يعد من أجزائها، و ليس الفروخ شيئا منهما.

نعم قد يقال إن الإزاله عند صلاحيه الأخذ، و إمكان الانتفاع كما فى الزرع و الثمره إذا اشتراهما، بل فى جامع المقاصد «أنه لا يستحق أجره على ذلك، لان البقاء إلى أو ان الانتفاع من مقتضيات العقد، و ربما أشكل أصل الحكم، بأنه إن شملهما اسم الشجر وجب الإبقاء دائما، كالشجره و إن لم يشمله لم يجب إبقاؤه و قتاما، كما لو نبت حب الغير فى أرض آخر، و أجيب بأن اسم الشجره لا يتناوله فلا يجب إبقاؤه دائما، لكن لا يجوز إزالته حالا، لانه من نماء الشجره فهو كثمرتها التى لم تدخل فى مسماها، لكن يجب إبقاؤها إلى أو ان البلوغ عرفا، ثم تسوغ الإزاله» قلت: قد يحتمل وجوب بذل الأجره، جمعا بين الحقين و لو شرط البقاء فلا بحث فى الوجوب.

هذا و فى الدروس «قيل: و لا تدخل الإفراخ إلا بالشرط» و هو مشعر بتردده، و لعله نظر الى الجزئيه باعتبار حصولها من أصول الشجر، و فيه أنه و إن نمت من أصوله، إلا أن العرف اقتضى خروجها عن الجزئيه؛ و عدها شجرا آخر، لكن فى جامع

المقاصد» هذا، إذا لم يكن نابته فى نفس المغرس، أما إذا أنبتت فيه فإشكال».

و كيف كان فلا ريب فى استحقاقه البقاء فى الأصول، و لو انقلعت سقط حقه، و ليس له غرس غيرها فيه، كما أنه ليس له الإبقاء فى المغرس مثبته، لأنها حطب حينئذ لا شجره، بل الظاهر عدم وجوب بقاء أصلها، لرجاء أن ينبت، لان استبقاء الأصول إنما كان بالتبعيه لها و قد زالت، و ربما احتمل الوجوب، لوجوب إبقاء المجموع، فلا يسقط بزوال بعضه، و لا ريب فى ضعفه، بل الظاهر كون الحكم كذلك و إن اشترط بقاء الإفراخ إذا لم يكن فرخ حال الموت نعم لو كان موجودا. و بقاء الأصل له مدخليه فى بقائه، اتجه حينئذ وجوب الإبقاء و الله أعلم.

و لو باع نخلا قد أبر ثمرها أى لقح بذر طلع الفحل من النخل فى طلع الإناث بعد تشقيقه، فهو للبائع للأصل و الإجماع المحكى إن لم يكن المحصل لان اسم النخله لا يتناوله، و لقول أمير المؤمنين عليه السلام فى خبر غياث بن إبراهيم (۱)عن الصادق عليه السلام «من باع نخلا قد أبره فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع» أى المشترى

«ثم قال: قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم»

ك

قول الصادق عليه السلام فى خبر يحيى بن ابى العلاء(۲): «من باع نخلا قد لقح، فالثمره للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بذلك»

و قال أيضا

فى خبر عقبه بن خالد(۳): «قضى رسول الله صلى الله عليه و آله أن ثمره النخل للذى أبرها، إلا أن يشترط المبتاع»

فما عن ابن حمزه من أنها للمشترى مع عدم بدو الصلاح، شاذ لا مستند له، و لكن يجب على المشترى تبقيته إلى أوان بلوغه من غير أجره، نظرا إلى العرف و كذا لو اشترى ثمره كان للمشترى تبقيتها على الأصول؛ نظرا إلى العاده بلا خلاف فى شى ء من ذلك، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه إذ هو من مقتضيات العقد عرفا، فكأنه مشترط، و يأتى فى باب الخيار له تتمه إنشاء الله.

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۳۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

و من المفهوم من النصوص المزبوره علم أنه إن باع النخل و لم يكن مؤبرا، فهو للمشترى على ما أفتى به الأصحاب بل فى المختلف و التذكره و محكى الخلاف الإجماع عليه؛ بل هو مقتضى ما تسمعه من عباره المصنف، فضلا عن نسبته هنا إلى الأصحاب، الظاهر فى الإجماع أيضا، كظاهر الصيمرى و المحكى عن المقداد، و به يخرج عن مقتضى الأصل، لكن قد يشكل العمل بذلك، إذا فرض كون العرف على الخروج عن المشترى، كالإشكال فى الأول، إذا فرض تعارف الدخول فى ملك المشترى، ضروره أنه معه يكون كالمصرح به، و دعوى شمول النصوص لذلك، يمكن منعها خصوصا فى الأول الذى دليله المفهوم.

و على كل حال ف لو انتقل النخل بغير البيع، فالثمره للناقل سواء كانت مؤبره أو لم تكن عند علمائنا كما فى التذكره و سواء انتقلت بعقد معاوضه ك وقوعه ثمنا للإجاره و مهرا فى النكاح أو بغير عوض كالهبه و شبهها بلا خلاف أجده فيه أيضا، بل فى ظاهر التذكره أنه من معقد إجماعه، للأصل السالم عن معارضه النصوص و الإجماعات السابقه؛ و دعوى التنقيح ممنوعه على مدعيها، كدعوى أن النصوص السابقه، إنما كشفت عن العرف فى التبعيه، خصوصا بعد ما صرح بما ذكرنا، غير واحد من الأصحاب، بل عن بعضهم الإجماع عليه، خلافا للمحكى عن المبسوط و القاضى فعمما الحكم، و عن السرائر أنه لا دليل لهما سوى القياس، و لو ظنها المشترى غير مؤبره، فظهرت مؤبره فعن الشيخ أن له الفسخ، لفوات بعض المبيع فى ظنه، و عن الفاضل عدمه، لعدم العيب و تفريطه، و هو قوى، لكن فى الدروس «أن الوجه الأول، لأن فوات بعض المبيع أبلغ من العيب، و لا تفريط، لانه بنى على الأصل» و فيه منع الفوات، و منع كون البناء على الأصل عذرا يسلط على الخيار، و لو ظن البائع التأبير فظهر خلافه، ففى الدروس «أن له الفسخ إذا تصادقا على الظن» و فيه نظر يعلم مما عرفت، و عليه فلو ادعى أحدهما على صاحبه علم الحال، فأنكر، احتمل كما فى الدروس إحلاف المنكر، و يقضى

بما ظنه و لعله الظاهر. و الله اعلم.

و كيف كان ف الابار الذى عليه المدار يحصل و لو تشققت من نفسها فأبرتها للواقح لإطلاق الخبرين الأولين، و معاقد الإجماعات، و لا ينافيه خبر عقبه(۱)بل فى المسالك «أن العاده الاكتفاء بتأبير البعض، و الباقى يتشقق بنفسه، و ينشب ريح الذكور إليه، و قد لا يؤبر شى ء، و يتشقق الكل بتابر الرياح، خصوصا إذا كانت الذكور فى ناحيه الصبا، فهب الصبا وقت التأبير» و نحوه فى التذكره و هو معتبر فى الإناث، و لا يعتبر فى فحول النخل لما عرفت من أن مسماه ذلك. فثمرتها على كل حال للبائع، للأصل السالم عن معارضه المفهوم الظاهر فى الذى عاده صنفه التأبير.

و كذا لا يعتبر هو أو شبهه فى غير النخل من أنواع الشجر، اقتصارا على موضع الوفاق، فلو باع شجره فالثمره للبائع على كل حال إلا أن يكون عرف يقتضى الخروج، للأصل السالم عن المعارض بعد حرمه القياس، و لعل ما فى النهايه غير مناف لذلك قال: «إذا باع نخلا قد أبر و لقح، فثمرته للبائع، إلا أن يشترط المبتاع الثمره، فإن شرط كان على ما شرط، و كذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه» و نحوه قال المفيد و عن ابن إدريس أنه ما قصد الشيخ من ذلك إلا أن الثمره للبائع، لأنه ما ذكر إلا ما يختص بالبائع، و لا اعتبار عند أصحابنا بالتأبير إلا فى النخل، فأما ما عداه متى باع الأصول و فيها ثمره فهى للبائع، إلا أن يشترطها المشترى، سواء لقحت أو لم تلقح، و هو كما ذكر، و إلا كان ضعيفا لا شاهد عليه.

ثم إن المدار على التأبير فعلا كما هو ظاهر النصوص و الفتاوى، لا وقته كما عن الشافعى، فلو باعه النخل بعد صلاح الثمره، لكنها لم تكن مؤبره؛ كانت للمشترى للصدق، إلا أن يكون

هناك عرف يقتضى الخروج، فإن فيه الإشكال المزبور حينئذ.

و على كل حال ف فى جميع ذلك له تبقيه الثمره حتى تبلغ أو ان أخذها و

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

هو مختلف كما تسمعه فى الفروع و ليس للمشترى إزالتها إذا كانت قد ظهرت، سواء كانت ثمرتها فى كمام كالقطن و الجوز، أو لم تكن، إلا أن يشترطها المشترى على البائع «فإن

المؤمنين عند شروطهم»

و كذا لو كان المقصود من الشجر ورده، فهو للبائع تفتح أو لم يتفتح بلا إشكال و لا خلاف أجده فى شى ء من ذلك، إلا من المحكى عن المبسوط و بعض أتباعه، فقال: «إذا باع القطن و خرج جوزه، فان كان تشقق فالقطن للبائع، إلاـ أن يشترطه المشترى، و إن لم يكن تشقق فهو للمشترى» ثم قال: «و ما عدا النخل و القطن فعلى أقسام أحدها- ما يكون ثمرته بارزه، لا فى كمام و لاـ ورد كالعنب و التين و ما أشبه ذلك، فان باع أصلها، فإن كانت الثمره قد خرجت فهى للبائع، و إن لم يكن قد خرجت فهى للمشترى. الثانى- أن تخرج الثمره فى ورد، فإن باع الأصل بعد خروج وردها، فان تناثر الورد و ظهرت الثمره فهى للبائع، و إن لم يتناثر وردها و لم يظهر الثمره، و لا بعضها فهى للمشترى. الثالث- أن تخرج فى كمام كالجوز و اللوز، مما دونه قشر يواريه إذا ظهر ثمرته فالثمره للبائع- الرابع ما يقصد ورده كشجر الورد و الياسمين، فإذا بيع الأصل، فإن كان ورده قد تفتح فهو للبائع، و إن لم يكن تفتح فهو للمشترى.

و نحوه عن ابن البراج، و لم أعرف له شاهدا صالحا لقطع الأصل فى الورد و القطن، بل ظاهر التذكره أن المخالف فى الثانى الشافعى، قال؟ فيها: «القطن ضربان، أحدهما له ساق و يبقى سنين، و يثمر كل سنه، و هو قطن الحجاز و الشام و البصره. و الثانى- ما لا يبقى أكثر من سنه واحده، و كلاهما لا يدخل الجواز الظاهر فى بيع الأصل، سواء تفتح أولا، خلافا للشافعى، ثم حكى قوله فى القسمين» و التحقيق عدم الخروج عن مقتضى الأصل إلا فى النخل كما عرفت، بل فى الدروس أنه لا يدخل فى ملك المشترى ورد الثمار فضلا عن الجنبذ. و الله أعلم.

و منها- القريه، و الدسكره، و الضيعه فى عرف أهل الشام، و يدخل فيه دورها

و ساحاتها و طرقها، و فی دخول الأشجار الثابته وسطها إشکال، کما فی القواعد، و جزم فی الدروس بالخروج الا مع الشرط، أو القرینه کالمزارع التی حولها، فإنه لا ریب فی خروجها، بل فی القواعد و ان قال بحقوقها، و منها- لفظ الکتاب و یدخل فیه أجزائه و جلده و خیوطه، و ما به من الأصول و الحواشی و الأوراق المثبته فیه، و لا یدخل فیه کیسه و لا ما به من أوراق منفرده لا تتعلق به، الا إذا کان عرف یقتضیه، و فی دخول ما یعلم به من الأوراق نظر کما فی الدروس. و منها- لفظ الحمام و یدخل فیه بیوته، و موقده، و خزانه مائه، و حیاضه، و مسلخه، و بئره و ماؤها، بل فی الدروس أنه لو کان ینتزع من مباح دخلت الساقیه فیه، و الأقرب دخول قدره المثبت فیه، و لا یدخل فیه سطله، و لا أقدامه، و وقوده و مأزره، و علی البائع تسلیمه مفرغا من الرماد و کثیر الغمامه.

و منها- لفظ العبد و الأمه و لا یبعد اقتضاء العرف دخول ثیابهما الساتره للعوره فی بیعهما، کما نص علیه فی الدروس، و یأتی الکلام فی غیرها فی بیع الحیوان، و منها- لفظ الدابه و یدخل فیه النعل، دون المقود و الرحل إلا مع الشرط کما فی الدروس، و لعل العرف الان علی خلافه، خصوصا فی المقود. إلی غیر ذلک من الألفاظ التی لا فائده فی التعرض لتفصیلها، بعد أن کان الضابط ما سمعته أولا. و الله أعلم.

[فروع]

اشاره

فروع

[الفرع الأول إذا باع النخل المؤبر و غیره کان المؤبر للبائع و الآخر للمشتری]

الأول: إذا باع النخل المؤبر و غیره صفقه کان المؤبر للبائع و الآخر للمشتری بلا خلاف فیه بیننا، اتحدت البستان أو تعددت و اتحد نوع المؤبر أو اختلف، خلافا للشافعی و کذا لو باع المؤبر لواحد، و غیر المؤبر لاخر بل لو باع نخله واحده أبر بعضها دون الأخر، کان لکل حکمه، لأن تعلیق الحکم علی الوصف مشعر بالعلیه، فیدور الحکم مدارها وجودا و عدما، خلافا للتذکره فالجمیع للبائع، لصدق بیع نخل قد أبر، و اقتصارا فیما خالف الأصل- عن دخول غیر المؤبر فی ملک المشتری- علی المتیقن، و لعسر التمیز إذا أبر المشتری ما انتقل إلیه، و المشقه

فی اعتبار تأبیر الجمیع فی بقاء الثمره علی ملک البائع.

و الجمیع کما تری بعد ما عرفت؛ علی أن صدق التأبیر لیس بأولی من صدق عدم التأبیر، بل یمکن منع صدق الأول بظهور النصوص فی تأبیر الجمیع، و الاقتصار علی المتیقن لا- یعارض الدلیل و لو کان ظنیا، و عسر التمیز- مع أنه لا یشخص ملکیه البائع- یمکن رفعه حینئذ بالصلح، کما فی الدروس «إذا لم یعلما قدر ما لکل منهما، نحو ما لو کانت مؤبره للبائع، فتجددت أخری للمشتری قال فی القواعد:

إن لم یتمیزا فهما شریکان، فان لم یعلما قدر ما لکل منهما اصطلحا، و لا فسخ لا مکان التسلیم، و کذا لو اشتری طعاما فامتزج بطعام البائع قبل القبض فله الفسخ و لعله أراد الانفساخ من قوله لا فسخ، ای لا یتوهم ذلک لعدم القدره علی التسلیم، لا مکانه و لو بتسلیم الجمیع، فلا ینافی حینئذ ما ذکره أخیرا من أن له الفسخ بالتعیب بالشرکه قبل القبض. فتأمل جیدا.

فلا ریب حینئذ فی قوه ما ذکرناه أولا، و أضعف من ذلک احتمال کون الجمیع للمشتری لصدق عدم التأبیر؛ و لم أجده لأحد من أصحابنا نعم فی جامع المقاصد أنه ربما ظهر من عباره التذکره- و هو مع ضعفه- یمکن منع ظهورها فیه. فلاحظ و تأمل.

[الفرع الثانی تبقیه الثمره علی الأصول مستحقه لمالکها مجانا]

الفرع الثانی قد عرفت أن تبقیه الثمره علی الأصول إلی بدو الصلاح مستحقه لمالکها مجانا، و لو مع الضرر الیسیر، للأصول بائعا کان أو مشتریا، و لکن بعد أن لم یکن لها مقدر شرعا یرجع إلیه کان المرجع فیها إلی العاده فی تلک الشجره کما فی نظائره خصوصا فی نحو المقام الذی مبناه حدیث الضرار(۱)و نحوه فما کان من الشجر حینئذ یخترف و یجتنی بسرا ینبغی أن یقتصر علی بلوغه و انتهاء حلاوته و ما کان لا یخترف فی العاده إلا رطبا فکذلک و ما یؤخذ تمرا فإلی أن ینشف نشافا تاما، و هکذا. و مع اضطراب العاده یرجع إلی الأغلب فیها، و مع التساوی یحتمل الحمل علی الأقل، اقتصارا فیما خالف أصل تسلط

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخیار الحدیث ۳- ۴.

المشـترى على ملكه- و منع غيره من الانتفـاع به- على المتيقن و الأـكثر لثبوت أصـل الحق، فيستصـحب الى أن يثبت المزيـل، و وجوب التعيين للاختلاف المؤدى إلى الجهاله، و تسمع فى باب الثمار تتمه لهذا. إنشاء الله تعالى.

و لو اتفق فى التبقيه الضـرر الكثير على مشترى الأـصول، فالأـقرب- كمـا فى القواعـد و جامع المقاصـد- جواز القطع. فله إجباره عليه كما عن المختلف و الدروس و حواشي الشهيد و غيرها، لوجوب التسليم مفرغا عليه، و لنفى الضرر، و لا يقدح رضاه بالعقد المقتضـى للتبقيه بعـد تنزيله على الغـالب من عـدم الضـرر الكثير، بـل فى الأول النظر فى دفع الأرش، للأصل بعـد أن كان القطع مسـتحقا، بل عن الـدروس الجزم بعـدمه له أولا؛ و ان كان فيه من الضـعف ما لا يخفى. للمنع من جواز القطع بلا أرش، و لعدم، زوال الضـرر بالضـرر، و لانه نقص دخل على مال غيره لنفعه. نعم قد يحتمل البقاء بالأرش، و الاولى مراعاه أكثرهما ضررا، و مع التساوى و التشاح القرعه.

و من ذلـك يعلم مـا فى التـذكره من أنه لاـ يجب القطع مع خوف الضـرر على الأصـل و إن كـان كـثيرا على اشـكال، و مـا عن التحرير من عـدم الترجيح، بل عنها فى موضع آخر و المبسوط و عميد الدين الجزم بعدم القطع و ان كثر الضـرر، بل ربما احتمل فى عباره المبسوط ذلك و ان أدى الى تلف الأصول، و فيه ما لا يخفى.

[الفرع الثالث يجوز السقى لذى الثمره و الأصول]

الفرع الثـالث يجوز ال سـقى لـذى الثمره لصـلاحها لاـنه من حقوقهـا المسـتحقه له باسـتحقاق تبقيتهـا و سـقى الأـصول كـذلك لصاحبها فان امتنع أحدهما فمنع الأخر من السـقى أجبر الممتنع لعدم تسـلطه على منع تصـرف الأخر لصـلاح ماله. نعم لو تضررا معا منعا منه. فان كان السـقى يضـر أحدهما بالفعل و الأخر بالترك رجحنا مصلحه المبتاع كما عن الفاضل و الشهيدين، بل نسبه ثانيهما إلى الأشهر، لأن البائع هو الذى أدخل الضرر على نفسه بتسليطه عليه.

و يحتمل البائع كما فى الدروس لسبق تعلق حقه الذى لا يزيله تسليط المشترى،

و قد يحتمل بل لعله الأقوى مراعاه أكثرهما ضررا، و مع التساوى القرعه، إلا أنه على كل حال ينبغى بذل الأرش للمتضرر منهما جمعا بين الحقين، خلافا لظاهر المتن و غيره من التقديم مجانا، و أما احتمال جواز فسخ العقد- بينهما مع التشاح كما حكاه فى المسالك عن بعض الأصحاب، و غيره عن المبسوط- ففى غايه الضعف لعدم المقتضى له، و عليه لا يسقط البحث، لانه يمكن فرض المسأله فيما لا خيار فيه من العقود أو غيرها و كيف كان فليسق من تقدم فيه لكن لا يزيد عن قدر الحاجه فإن اختلفا فيها رجعا إلى أهل الخبره كما فى غير المقام.

[الفرع الرابع الأحجار المخلوقه فى الأرض و المعادن تدخل عرفا فى بيع الأرض]

الفرع الرابع: الأحجار المخلوقه فى الأرض و المعادن تدخل عرفا فى بيع الأرض بلا خلاف أجده فيهما، مما عدا ثانى الشهيدين لأنهما من أجزائهما و لكن قال المصنف فيه تردد مما سمعت، و من عدم صدق اسمها على الحجاره عرفا، و خروج المعادن عن الحقيقه، و عدم دلالتها عليها بأحد الدلالات الثلاث. و فى المسالك «أن الأقوى، دخول الحجاره، دون المعادن، لان الحجاره من الاجزاء بخلاف المعادن الخارجه عن الحقيقه و الطبيعه» و الأقوى عدم الفرق، إذ لا ريب أن أرض المعدن قطعه من الأرض المخصوصه، لها خصوصيه فتدخل فى بيعها، و أضعف من ذلك، احتمال الخروج فى الأحجار.

نعم هو كذلك فى الأحجار المدفونه فيها كما فى التذكره و القواعد و الدروس و غيرها، لتميزها، و كونها كالكنوز و نحوها من الأمور المودعه فيها للنقل و لكن للمشترى حينئذ أمره بالمبادره بإخراجها، لتفريغ ملكه، و إن لم يكن عليه ضرر فى الإبقاء، و لا أجره له مده الإخراج و إن كان كثيرا، و احتمله فى التذكره بعد اختيار اللزوم، فان الظاهر ثبوت الخيار له إذا لم يكن عالما، و فات ما يعتد به من المنافع مده الإخراج أو نقصت العين، و لو بذل له الدفين لم يجب عليه القبول، كما أن له الخيار فى الأحجار المخلوقه فيها إذا كانت مانعه من الغرس و الزرع و لم يكن عالما بها و ان قلنا بدخولها فى ملكه و الظاهر انه

لا- خيار للبائع لو ظهر فيها صفه زائده على وصفها، كما لو ظهرت مصنعا أو معصره للزيت أو العنب أو نحوهما، لدخولها فى ملك المشترى على كل حال، خلافا للمسالك، فخيره، و نحوه يأتى فى المعدن، بناء على دخوله و عدم علم البائع به.

و به جزم فى الدروس قال: «و يدخل المعدن على الأقرب، فلو جهله البائع تخير، و كذا البئر و العين و ماؤهما، و لو ظهر فيها مصنع أو صخره عظيمه معده لعصر الزيتون أو العنب فكذلك، و للبائع الخيار مع عدم العلم، و الحجاره المخلوقه تدخل» قلت: قد يمنع دخول الأخيرين فى ملك المشترى إذا لم يكونا مخلوقين فيها. و خيار البائع إذا كانا كذلك كما عرفت، لأنها على الأول كالمدفونه التى اعترف بعدم دخولها و على الثانى داخله فى بيع الأرض كيف ما كانت، بل قد يمنع الدخول فى سابقيهما، لعدم تناول اسم الأرض لهما، و الغرض عدم كونهما من التوابع لها، و الا لم يتسلط البائع على الخيار إذا لم يكن عالما، كما أنه لا تسلط له مع فرض الدخول فى الأرض و لو بالقصد الإجمالى. فتأمل جيدا. و الله اعلم.

[النظر الثالث فى التسليم]

اشاره

النظر الثالث فى التسليم لا خلاف فى أن إطلاق العقد و تجريده عن اشتراط التأخير يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن عرفا فيتبعه الوجوب شرعا، لعموم قوله تعالى (۱)«أَوْفُوا» و غيره بل الظاهر ذلک، و إن لم يطالب كل منهما الأخر بذلك، فلا يجوز لأحدهما التأخير إلا برضاء الأخر، ضروره أنه بتمام العقد، يتم ملك كل منهما للعوض، فإبقاؤه فى اليد محتاج إلى الاذن. نعم الظاهر باعتبار كون العقد عقد معاوضه،- وجوب التقابض معا دفعه، كما أنه حصلا لهما الملك به كذلك.

۱- ۱ سوره المائده الآيه ۱.

فإن امتنعا معا عنه عصيا و أجبرا على التقابض، كما فى كل ممتنع عما وجب عليه، و لو امتنع أحدهما أجبر الممتنع خاصه، لاختصاصه بالعصيان، و كان للآخر حبس العوض حتى يجبر الآخر على التقابض، كل ذلک لتساوى الحقين فى وجوب إيصال كل منهما المال إلى مالكه، و لا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدم، و قيل و القائل الشيخ فى محكى عن خلافه و مبسوطه، و ابن زهره و القاضى و الحلى على ما حكى عنهما يجبر البائع أولا إذا تمانعا، و هو أحد أقوال الشافعى، لأن الثمن تابع للمبيع، و لأنه بتسليمه يستقر البيع و يتم، إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البائع و ينفسخ العقد.

و لا ريب أن الأول أشبه بأصول المذهب، بل لا أجد فيه خلافا بين المتأخرين سواء كان الثمن عينا أو دينا لاستواء العقد فى إفاده الملک لهما، و تبعيه الثمن للمبيع على وجه يقتضى ذلک، ممنوعه كمنع اقتضاء الثانى له، بل لعل ما عن أبى حنيفه و مالک و الشافعى- من القول الآخر له، و هو العكس إى يجبر المشترى على تسليم الثمن- أولى منه، لأن حقه متعين فى المبيع، فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البائع، فإن للبائع حقا آخر، و هو التسلط على الخيار بعد الثلاثه و قد يفوته ذلک بالقبض.

و أولى منهما معا القول الثالث للشافعى و هو لا يجبران معا، لكن يمنعان من التخاصم، فان سلم أحدهما ما عليه، أجبر الآخر، و كأنه لحظ أن الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الأخر فإذا امتنعا معا ارتفع الوجوب عنهما، فلا عصيان من أحدهما حتى يجبرهما الحاكم، لكن قد عرفت أن وجوب التقابض عليهما مطلق غير مشروط بشى ء و لا ينافيه جواز الامتناع لأحدهما، إذا عصى الآخر فى عدم التقابض.

و الرابع له أيضا أنهما يجبران معا و هو المختار، لكن أقواله الأربعه إذا كان الثمن فى الذمه فإن كان معينه فقولان له خاصه، عدم الإجبار و به قال أحمد للشبهه السابقه، و الإجبار لهما، و قد عرفت أنه الأقوى على كل حال، و من ذلک كله ظهر لک أن المراد

بوجوب التسليم على كل منهما التقابض، و إلا فيجوز لأحدهما الامتناع عن التسليم، إن سبقه الآخر بالامتناع، كما هو مقتضى المعاوضه، و المعلوم من بناء المتعاقدين، بل إطلاق العقد بالنسبه إلى ذلك كالتصريح به.

لكن عن الأردبيلى بعد أن حكى عن الأكثر أنه إنما يجب عليهما معا الدفع بعد أخذ العوض، و يجوز لكل المنع حتى يقبض- أشكله بعدم النص، و ثبوت الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر، و عدم جواز الحبس حتى يقبض حقه، و جواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الأخر، لأن ذلك هو مقتضى الملك، و منع أحدهما حق الأخر و ظلمه لا يجوز الظلم للآخر و منعه حقه، و استجوده المحدث البحرانى، لكن قال: إن فى فهم ذلك من عباراتهم فى هذا المقام إشكالا، إذ غايه ما يفهم منها أن إطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن، فالواجب حينئذ على كل منهما التسليم من غير أولويه تقديم، خلافا للشيخ.

فالغرض بيان تساويهما فى وجوب التسليم ردا على ما سمعته من الشيخ، و أين هذا من المعنى الذى ذكره و أشكله، قلت: لا ينبغى التأمل فى أن المفهوم من عبارات الأصحاب أن لأحدهما الامتناع بعد امتناع الأخر، و أن بناء المعاوضه على ذلك، و هو المراد مما فى الدروس من أن حكم العقد تقابض العوضين، إلى أن قال:

«فإن تنازعا فى التقدم تقابضا» و نحوها غيرها لا ان الوجوب على كل منهما مستقل على كل حال و أن المالين بمنزله الوديعتين فليس لأحدهما الامتناع عن التسليم مع عدم إراده المقاصه مثلا بعد امتناع الأخر.

و من ذلك يظهر أنه لا وجه لإشكال الأردبيلى بعد الفهم العرفى من إطلاق العقد، و فتاوى الأصحاب- بعد الإغضاء عما نقله عنهم- مما حاصله يرجع إلى ما ذكرناه فى القول الثالث للشافعى، و ربما حكى عن بعض الفسخ أو بعد الخلاف؛ و حينئذ يكون على وفق المشهور. فتأمل جيدا. فإن المقام لا يخلو من دقه.

و ربما ظهر منه أيضا أن وجوب التسليم الذى اقتضاه العقد بعد الطلب، فلا تجب حينئذ قبله، و فيه أن ظاهر الأصحاب ما قد مناه سابقا من اقتضاء إطلاق العقد وجوب

التسليم، كما أن العرف و القواعد الشرعيه كذلك أيضا، فالتأخير يحتاج إلى الاذن لا الدفع فلاحظ و تأمل جيدا فيه و في أن حق الحبس حيث يكون لأحدهما حق متعلق بالعين فيأثم حينئذ بالقبض بغير إذن، و سائر تصرفاته فيها و إن لم يضمن له قيمه المنافع للملك بالعقد، أو أنه لا تعلق له بالعين، بمعنى، أن الإثم يحصل بالقهر على القبض خاصه، و أما التصرف في العين فلا إثم فيه، وجهان لم أقف على تنقيح لأحدهما في كلام الأصحاب.

و الذى يناسب الإرفاق و حديث الضرار الأول، فلا تصح الصلاه فيه مثلا، كما أنه لم أقف على تنقيح في كلامهم، لكون الإثم يحصل بالقبض بلا إذن، أو أنه مع المنع خاصه، مع أن الوجهين قائمان فيه أيضا؛ و المناسبه المذكوره لأولهما أيضا. هذا كله مع عدم الشرط لا معه.

ف لو اشترط البائع خاصه تأخير التسليم للمثمن إلى مده معينه جاز سواء كان كليا في الذمه أو عينا مشخصه، للعموم الذى مقتضاه عدم استحقاق التسليم عليه كما لو اشترط المشترى تأخير الثمن و لو اشترطا معا جاز أيضا إذا لم يكن كل من الثمن و الثمن كليا في الذمه، و الا كان من بيع الكالى بالكالى كما في الدروس، و تسمع إنشاء الله تعالى تحقيق الحال في ذلك أيضا، و ليس لغير مشترط التأخير الامتناع عن التسليم حينئذ، لبقاء اقتضاء العقد بالنسبه إليه سالما كما هو واضح و لو فرض اتحاد الأجل منهما؛ ففى بقاء حكم ما اقتضاه العقد من التقابض بعد حلول الأجل وجهان: و لو كان الشرط لأحدهما، فلم يقبض العوض حتى حل الأجل، ففى عود حكم التقابض إشكال، أقواه العدم، لعدم إطلاق للعقد بقبضه بعد أن كان مستحقا لتقدم التسليم على الآخر و لو كان الثمن تدريجيا كعمل من المشترى، فالظاهر عدم اعتبار التقابض لعدمه، بل الواجب دفع المبيع كما لو كان الثمن نسيئه.

نعم لو كان منفعه عين مملوكه، كدابه أو دار أمكن اعتباره بدفع العين ذات

المنفعه. فتأمل. فإنه قد ينافيه كلامهم فى كتاب الإجاره. ثم إن الشرائط التابعه للثمن و المثمن تتبعهما أيضا فى اعتبار التقابض لاتحاد اقتضاء الإطلاق فى الجميع.

نعم لو فرض خروجهما عن ذلك، أمكن دعوى عدم اقتضاء الإطلاق التقابض و إن استحق كل منهما على الآخر، نحو الوديعتين، فليس لأحدهما الحبس بامتناع الآخر، كما فى بعض الشروط فى النكاح التى يراد منها أصل الاستحقاق، لا معنى المعاوضه الملحوظ فيها التقابض. فتأمل. و الظاهر أن حق الحبس ثابت بالامتناع من بعض العوض بل الظاهر عدم وجوب التقابض على النسبه لأنه خلاف مقتضى العقد، مع احتماله فيما يتحقق منه. و الله العالم.

و كذا يجوز لو اشترط البائع مثلا سكنى الدار أو ركوب الدابه مده معينه كان أيضا جائزا بلا خلاف و لا إشكال فى أصل جواز ذلك، و ظاهر المصنف عدم استحقاق التسليم عليه حينئذ، و لعله لاقتضاء العرف، و إلا فلا منافاه بين استحقاق الركوب و السكنى، و وجوب التقابض، و لكن البحث فيما يتحقق به القبض الذى يتوقف عليه الصحه فى بعض العقود، و يرتفع به ضمان البائع و خياره بعد الثلاثه فى بعض الأحوال، و الحرمه أو الكراهه فى بيع ما لم يقبض، الى غير ذلك من الأحكام المترتبه فى البيع و غيره و هو فى النهايه الأثيريه: القبض بجميع الكف و محكى المصباح المنير: الأخذ. و فى الرياض عن جماعه من أهل اللغه: أنه القبض باليد. و فيه فى غيره أنه فى العرف كذلك أيضا.

لكن ذلك لا يوافق ما عند الأصحاب، إذ قيل: أنه التخليه مطلقا سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار، أو مما ينقل و يحول كالثوب و الجوهر و الدابه، و قيل فيما ينقل، القبض باليد، أو الكيل فيما يكال، أو الانتقال به فى الحيوان و قريب منه ما فى المحكى عن المبسوط، بل لعله هو الذى أراده، و إن كان لم يحكه بتمامه قال فيه على ما فى المختلف: «أنه التخليه فيما لا ينقل و يحول. و أما فيه فإن كان مثل الدراهم و الدنانير و الجوهر و ما يتناول باليد، فهو التناول، و إن كان حيوانا

کالعبـد و البهیمه، فالقبض فی الأول أن یقیمه فی مکان آخر، و فی الثانی أن یمشـی بها إلی مکان آخر، و إن کان اشتراه جزافا، فالقبض أن ینقله من مکانه، و إن کان مکایله فالقبض أن یکیله» قال: و تبعه ابن البراج و ابن حمزه.

و قیـل: أنه التخلیه فیمـا لاـ ینقـل، و فی المنقـول نقله، و اختـاره أبو المکـارم مـدعیا علیه الإجمـاع، و تبعه الشـهیدان فی اللمعه و الروضه، و فی الـدروس «فی غیر المنقول التخلیه بعد رفع الید، و فی الحیوان نقله» و فی المعتبر «کیله أو وزنه، أو عده، أو نقله، و فی الثوب وضـعه فی الیـد» قال: و قیل: التخلیه مطلقا، و لا بأس به فی نقل الضـمان، لا فی زوال التحریم أو الکراهه عن البیع قبل القبض.

نعم لو خلی بینه و بین المکیل فامتنع حتی یکتاله، لم ینتقل إلیه الضـمان و فی المختلف «أنه إن کان منقولا فالقبض فیه هو النقل أو الأخـذ بالیـد، و إن کـان مکیلاـ أو موزونـا فقبضه هو ذلـک أو الکیـل أو الوزن، و إن لم یکن منقولاـ فالتخلیه، و فی التحریر «الأقرب عنـدی أن القبض: الکیل أو الوزن فیما یکال أو یوزن، و القبض بالیـد فیما ینقل و یحول، و النقل فی الحیوان، و التخلیه فیما لا ینقل و یحول و منه الثمره علی رؤس النخل» و فی المسالک «التخلیه فی غیر المنقول، و فیه اسـتقلال الیـد علیه، سواء نقله أم لا، و فی المکیل و الموزون کیلهما و وزنهما» إلی غیر ذلک من الأقوال المتفقه، علی أنه التخلیه فی غیر المنقول، و اختلافهما إنما هو فی المنقول، و مرجعها مع ملاحظه سائر القیود إلی سبعه، کما أن منشأها منحصر فی دعوی العرف.

و

صحیح معاویه بن وهب (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبیع البیع قبل أن یقبضه؛ فقال: ما لم یکن کیل أو وزن، فلا تبعه حتی تکیله أو تزنه إلا أن

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱۱.

تولیه»

و

خبر عقبه بن خالد(۱)عن الصادق علیه السلام «فی رجل اشتری متاعا و أوجبه، غیر أنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، و قال: آتیک غدا إنشاء الله، فسرق المتاع من مال من یکون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته، حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته، فإذا أخرجه من بیته، فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله إلیه»

فبین جامع بین مضمونهما و العرف، و بین مقتصر علی الثانی؛ لضعف سند الثانی منهما، و اعتباره الإخراج المخالف للإجماع، و اراده النقل منه لیس بأولی من اراده التخلیه أو الاستیلاء أو نحو ذلک، و لا تصریح فی الأول بأن الکیل قبض، و یمکن إراده النهی عن بیعه قبل کیله و وزنه، و إن تحقق القبض فیه بالنقل، و لعل الاکتفاء به فی جواب السؤال عن البیع قبل القبض، لاستلزامه حصول القبض مع زیاده

الاعتبار المزبور، فالمراد حینئذ أن اشتراط ذلک فی بیعه مستلزم لحصول القبض، و فرض حصوله أی الاعتبار بدونه نادر لا ینافی الإطلاقات، فانحصر الأمر حینئذ فی اللغه.

لکن قد عرفت أن ما فیها لا یوافق ما أجمع علیه الأصحاب فی غیر المنقول، و الذی یقوی فی النفس، أن المراد به فی جمیع المقامات التی اعتبره الشارع فی صحتها أو لزومها أو غیرهما من الأحکام، تحویل السلطنه العرفیه من المنقول منه إلی المنقول الیه سواء حصل له السلطنه الشرعیه قبله بالعقد، کما فی البیع و نحوه، أو لا کالوقف و الهبه و نحوهما.

و لا ریب فی حصولها بالتخلیه فی غیر المنقول؛ بمعنی رفع المنافیات للمنقول الیه مع رفع ید الناقل و الإذن منه، ضروره صیرورته بذلک کالناقل فی قبضه لعقاره و لا یحتاج حینئذ وصول المنقول الیه بنفسه أو وکیله الی المنقول أو تصرفه فیه بل لا یحتاج الی مضی زمان و ان کان بعیدا عن المنقول الیه، لصدقها بدونه قطعا، کصدق دخوله فی قبضته و استیلائه و تحت یده بذلک کالمنقول منه؛ و لیس الإذن المزبوره

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

لتوقف جواز قبض المشتری للمبیع علیها، کی یرد أنه لا دلیل علیه بعد أن ملکه بالعقد بل لتوقف تحقق التخلیه المعتبره فی حصول السلطنه العرفیه فی مثله علیها، و إلا فالأقوی عدم اعتبار الاذن فیما کان قبضه بغیر التخلیه، حیث لا یکون له الحبس لتسلم الثمن أو المثمن.

نعم هی معتبره حیث یکون له ذلک، علی الوجه الذی عرفته سابقا، و کذا لا ریب فی حصولها فی غیر المنقول بالاستیلاء علی العین استیلاء یستطیع به النقل و الأخذ و غیرهما من أحوال المالک، من غیر حاجه إلی وقوع ذلک منه فعلا، ضروره صدق تحقق المراد من القبض بطرح العین بین یدی المنقول إلیه علی وجه یتمکن من الفعل فیها کیف شاء نقلا و أخذا و نحوهما، إذ لیست أمواله التی بیده و یصدق علیها أنها مقبوضه له و تحت قبضته و فی یده إلا کذلک، من غیر حاجه إلی المماسه و التصرف الحسیین، و لیس ذا کالتخلیه المزبوره فی غیر المنقول، إذ من الواضح الفرق بین تحقق السلطنتین عرفا فی ذلک، فإن أراد القائل بالتخلیه مطلقا ما یشمل ذلک، بدعوی انها فی المنقول غیرها فی غیره فمرحبا بالوفاق کما انه إن کان المراد بما فی المسالک ذلک اختص البحث معه حینئذ فی خصوص القبض فی المکیل و الموزون، لکن فی کلامه بعد ذلک ما ینافی حمله علی ما ذکرناه، بل فیه ما یقضی بالتشکیک فی اعتبار القبض فی المکیل و الموزون بالکیل و الوزن.

قال: «التحقیق أن الخبر الصحیح (۱)دل علی النهی عن بیع المکیل و الموزون قبل اعتباره بهما، لا علی أن القبض لا یتحقق بدونهما، و کون السؤال فیه وقع عن البیع قبل القبض لا ینافی ذلک، لان الاعتبار بهما قبض و زیاده، فلو قبل بالاکتفاء فی نقل الضمان فیهما

بالنقل، عملا بمقتضی العرف و الخبر الآخر(۲)و یتوقف البیع ثانیا علی الکیل و الوزن، أمکن إن لم یکن إحداث قول فی المسأله» انتهی فتأمل

۱- ۱ الوسائل الباب ۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

جيدا، فان كلامه لا يخلو من اضطراب فى الجمله، كالفاضل فى الرياض.

و التحقيق ما عرفت، و ليس مرادنا حصر مصداق القبض بما ذكرنا، بل المراد عدم اعتبار القبض باليد أو النقل حسا و لو كان المبيع بيد المشترى قبل الابتياع، ففى المسالك «إن كان بغير إذن البائع، فلا بد من تجديد الاذن فى تحققه، أى القبض بالنسبه إلى رفع التحريم أو الكراهه، و أما بالنسبه إلى نقل الضمان فيحتمل قويا تحققه بدونه، كما لو قبضه بعده بغير إذن البائع» قال: «و يحتمل توقف الأمرين على تجديده، لفساد الأول شرعا، فلا يترتب عليه أثره، و لو كان بإذنه كالوديعه و العاريه، لم يفتقر إلى تجديد إذن و لا تخليه». و فيه أنه لا وجه لاعتبار الاذن فى المنقول، حيث لا يكون له الحبس، كما لو باعه بثمن فى ذمه البائع مثلا لانتقاله إلى ملكه بالعقد، و الفرض أنه فى يده و فى قبضته و كون اليد سابقا عدوانا لا ينافى انتقال استمرارها إلى غير العدوان، و ليس ذا كالقبض المتوقف صحه العقد عليه، فان اعتبار الاذن فى ذلك مطلقا متجه، بخلاف المقام المتجه فيه على الظاهر عدم الفرق.

نعم لا يبعد بقاء حق الحبس له إذا لم يكن الثمن واصلا إليه، فيحرم عليه التصرف، بناء على اقتضائه ذلك، و يبقى له الخيار بعد الثلاثه، أما انتقال الضمان، و زوال الحرمه أو الكراهه، فالوجه تحققهما به، لصدقه، و دعوى اراده الصحيح منه- بدعوى أنه يشترط فيه شرعا الاذن و بذلك ينقسم حينئذ إلى الصحيح و الفاسد دعوى فى دعوى لا شاهد على شى ء منهما، خصوصا مع أن الأصل ضمان المشترى. فتأمل.

و لو كان المبيع مشغولا بملك البائع، فإن كان منقولا كالصندوق المشتمل على أمتعه البائع، كفى فى قبضه على المختار حصول تلك السلطنه عليه و لو قبل تفريغه. بل لو اعتبرنا نقله، و نقله المشترى بالامتعه كفى فى نقل الضمان و غيره

حتى مع عدم إذن البائع فى نقل الأمتعه، بعد أن يكون آذنا فى المبيع، أو كانت إذنه غير معتبره لوصول الثمن إليه، إذ الإثم فى ذلك لا ينافى صحه القبض، و ترتب أحكامه عليه، و احتمل فى المسالك توقفه- فضلا عن غيره من أحكام القبض- على إذن البائع فى نقل الأمتعه، و فيه من الضعف ما لا يخفى.

و إن كان غير منقول فلا ريب فى تحقق التخليه قبل نقل الأمتعه، فيكتفى.

بها، و احتمل فى المسالك عدم الاكتفاء بها قبل النقل أيضا و هو أضعف من سابقه.

و لو كان المبيع مشتركا بين الناقل و غيره ففى المسالك «إنه على ما اخترناه إن كان منقولا فلا بد من إذن الشريك فى تحقق القبض لتوقفه على إثبات اليد و التصرف فى حصه الشريك» الى ان قال فان «أذن الشريك و الا نصب الحاكم من يقبضه أجمع، بعضه أمانه و بعضه لأجل البيع» و اختار العلامه فى المختلف الاكتفاء حينئذ بالتخليه، لأن المانع الشرعى من النقل كالمانع العقلى فى العقار، ذكر ذلك فى باب الهبه، و الحكم واحد بل فيها أقوى.

قلت الظاهر تحقق القبض بنقله و قبضه و إن كان عصيانا، لما عرفت من أن الإثم فى ذلك لا ينافى تحقق القبض عرفا، بل و شرعا، بل قد يقال: بتحققه و إن لم يحصل له النقل الحسى، بل بمجرد حصول سلطنه البائع له و هى تامه، و المنع من جهه الشريك أمر خارجى عنها لا ينافى تسلط المشترى على ذلك كتسلط البائع، و حينئذ يرفع أمره إلى الحاكم فى استيفاء المنفعه مع التشاح، و أولى من ذلك غير المنقول الذى يكتفى فيه بالتخليه، و استجوده فى المسالك بعد أن احتمل التوقف على الإذن أيضا، قال: «لأن حقيقه قبض ما هذا شأنه رفع يد المالك و تخليه المشترى بينه و بينه، و هذا لا يقتضى التصرف فى مال الشريك» ثم قال: «و وجه الاشتراط أن وضع اليد و التسليط على التصرف لا يمكن بدون التصرف فى حصه الشريك» قلت: هو كما ترى بعد عدم اعتبار مثل ذلك فى التخليه التى يكفى فيها رفع المانع عرفا و شرعا من قبل البائع.

و من ذلك ظهر لك الحال فيما لو كان المبيع مختصا بالبائع، أو مشتركا بينه و بين

غيره أو المشترى، إذ المدار عندنا على حصول تلك السلطنه المزبوره، و الاستيلاء المذكور و فى المسالك «أنه ان كان فى مكان لا يختص بالبائع، كفى فى المنقول نقله من حيز إلى آخر، و إن كان فى موضع يختص به، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر بإذنه كفى أيضا؛ و إن كان بغير إذنه كفى فى نقل الضمان خاصه كما مر، و لو اشترى المحل معه كفت التخليه فى البقعه، و فيه وجهان أصحهما الافتقار إلى النقل، كما لو انفرد بالبيع، و لو أحضره البائع، فقال له المشترى ففعل تم القبض لأن البائع حينئذ كالوكيل فيه، و إن لم يقل شيئا، أو قال لا أريده ففى وقوعه بذلك وجهان، و ينبغى الاكتفاء به فى نقل الضمان، كما لو وضع المغصوب بين يدى المالك دون غيره».

و أنت إذا أحطت خبرا بما ذكرناه لا يخفى عليك مواقع النظر من هذا الكلام.

كما أنه لا يخفى عليك ما فى قول المصنف و الأول من الأقوال الذى لم نعرف قائلا به قبله أشبه و إن استدل له- بعد دعوى العرف- بأنه استعمل فيها إجماعا فيما لا ينقل و يحول، فيجب أن يكون كذلك فى غيره، و يكون حقيقه فى المعنى المشترك، إذ لو استعمل فى المنقول بمعنى آخر لكان إما حقيقه فيهما، فيلزم الاشتراك، أو مجازا فى الأخر فيلزم المجاز، و كلاهما على خلاف الأصل. و نظر فيه فى الرياض «بوجوب المصير إلى أحدهما؛ بعد قيام الدليل عليه، مع أن استعمال القبض فى التخليه فى المنقول، خلاف المفهوم و المتبادر منه فى العرف و اللغه، بل المتبادر منه عرفا عند الإطلاق هو القبض باليد؛ و به صرح جماعه من أهل اللغه، فاللازم الاقتصار عليه، إلا ما قام الإجماع على إراده التخليه منه، و هو إنما يكون فى غير المنقول خاصه، و كذا لا يجب اعتبار شىء زائد عليه من النقل، إلا ما قام الدليل على اعتباره فيعتبر إن تم. فتأمل جيدا. و مع ذلك يرده المعتبره(۱)فلا وجه لهذا القول أصلا».

قلت: قد عرفت أنه يمكن إراده المعنى الشامل للتخليه و غيرها من القبض،

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱.

و هو السلطنه العرفيه، بل ظاهر الأصحاب أن المذكورات أفراد للقبض، لا معان، فلا حاجه حينئذ إلى ارتكاب دعوى الاشتراك أو المجاز، للدليل، كما أنك عرفت إمكان إراده القائل بالتخليه ما قلناه، و حينئذ دعوى منافاته للعرف كما ترى، و لو سلم فالمراد شرعا لا يزيد على ذلك قطعا، بل قد يحتمل إراده ذلك من القبض باليد و النقل فى عبارات الأصحاب، ضروره عدم الاجتزاء بذلك مع عدم حصول السلطنه به، فهو كنايه عما ذكرنا، لغلبه حصولها معه.

و المعتبره قد عرفت الحال فيها، إذ هى الخبران المزبوران (۱)خاصه الذى على تقدير القول بالأول منهما، قال فى المسالك: «لا يخلو المبيع إما أن يكون قد كيل قبل البيع و وزن؛ أولا بأن أخبر البائع المشترى بكيله أو وزنه، أو باعه قدرا منه معينا من صبره مشتمله عليه، فان كان الأخير فلا بد فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه، للنص المزبور، و إن كان الأول ففى الافتقار إلى اعتباره ثانيا لأجل القبض، أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان، من إطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن و قد حصلا، و

قوله عليه السلام «لا تبعه حتى تكيله أو تزنه»

لا يدل على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع.

و من كون الظاهر ذلك لأجل القبض، لا لأجل صحه البيع، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد، و به صرح العلامه و الشهيد و جماعه، و هو أقوى، و يدل عليه قوله عليه السلام فى الخبر السابق «إلا أن توليه» فإن الكيل السابق شرط لصحه البيع أو ما قام مقامه، فلا بد منه فى التوليه و غيرها، و مقتضى قوله عليه السلام «إلا أن توليه» أنه معها لا يتوقف على كيل أو وزن، فدل ذلك على أنهما لأجل القبض لا لأجل صحه البيع.

و أما الثانى فإن اكتفينا بالاعتبار الأول؛ فى الأول، كفى الاخبار فيه، و اختارهما فى

التذكره و إن لم نكتف فى السابق فى الأول، لم يكتف حينئذ بالاخبار فى

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱۱ و باب ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱.

الثانی بطریق أولی.

و قد

روی محمـد بن حمران (۱)قال: «قلت لأبی عبـد الله علیه السـلام: اشترینا طعاما فزعم صاحبه أنه کاله، فصـدقناه و أخـذناه بکیله؟ فقال علیه السلام: لا بأس، فقلت: أ یجوز أن أبیعه کما اشتریته بغیر کیل؟ قال: لا، أما أنت فلا تبعه حتی تکیله»

انتهی و فیه أولاـ مـا عرفت من عـدم دلاـله النص، و ثانیـا أنه لا ینبغی التأمل فی تحقق القبض فی الأول، لو وهبه مثلا ما بقی من الصبره، ثم نقـل الجمیع، و به صـرح بعض المحققین، و ثالثـا أن السـیره القطعیه، بل یمکن دعوی الضـروره علی خلاف ما جعله الأقوی کما هو واضح، خصوصا إذا کاله المشتری قبل الشراء و نقله، فإنه لا حاجه حینئذ إلی قبض، لأنه اشتری ما هو مقبوض له فتأمل جیدا. و ستعرف إنشاء الله تحقیق أنه لا فرق فیه؛ بین البیع تولیه و غیره فی الکراهه أو الحرمه قبل القبض.

و لعل المراد من خبر محمـد بن حمران (۲)أنه لاـ یباع ثانیا مخبرا بکیله، علی حسب ما أخبر به الأول، ضـروره ظهور الاخبار فی مباشره المخبر الاعتبار، و الفرض أنه کذلک، فهو

حینئـذ تـدلیس محرم، أو أن المراد به مـا یراد من غیره من حرمه بیع المکیـل أو الموزون قبل اعتبارهما، أو کراهته مطلقا، أو إذا کـان طعامـا کمـا سـتعرف ذلـک فی محله، من غیر مـدخلیه لتحقق معنی القبض، و إن کان ینافیه ظاهر کلامهم الاتی الـذی هو ظاهر فی أن المدار علی تحقق القبض فلاحظ و تأمل.

و کیف کـان فلاـ ینبغی إلحاق المعـدود بالمکیل و الموزون، فی أنه لا یکتفی بعـده سابقا عن العـد بعـد العقـد، لعـدم النص، و تحقق القبض عرفا بما یتحقق فی غیره خلافا للدروس فألحقه فیها، و هو لا یخلو من وجه، و التحقیق فی ذلک کله ما سـمعت، و منه یعلم الغرابه هنا فی بعض ما وقع لبعض الأصحاب. و الله أعلم بحقیقه الحال.

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵ من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث ۴.

و كيف كان ف إذا تلف المبيع بآفه سماويه قبل تسليمه إلى المشترى و قبل تمكينه منه، انفسخ العقد و كان من مال البائع و عاد الثمن إلى المشترى بلا خلاف أجده فيه، بل فى التذكره و الدروس حتى لو أبرأه المشترى من الضمان كما تقدم البحث فيه، و فيما لو مكنه منه، فامتنع من تسلمه أو أنه يتركه عند البائع باختياره و الظاهر أن إتلاف المشترى بمنزله القبض، سواء كان عالما أو جاهلا للأصل السالم عن معارضه الخبر(۱)المنساق منه غير الفرض، بقرينه ظهوره فى إراده الإرفاق بالمشترى، و احتمل الشافعى عدم كونه بمنزله

القبض فى الأول، فضلا عن الثانى، بل فى التذكره «هذا إذا كان المشترى عالما، أما إذا كان جاهلا بأن قدم البائع الطعام المبيع إلى المشترى فأكله، فالأقرب أنه ليس قبضا و أنه كإتلاف البائع» و هو كما ترى.

و لو أتلفه البائع ففى القواعد و الدروس و غيرهما أنه يتخير المشترى بين الفسخ و رد الثمن، و بين الالتزام و مطالبه البائع بالمثل أو القيمه، كما لو أتلفه أجنبى، و عن الشيخ الفرق بينهما، فجعل الأول كالتلف بآفه سماويه، و وافق على الخيار فى الثانى الذى ظاهرهم الاتفاق على الخيار فيه، لكن قد يحتمل الانفساخ فيهما معا، عملا بإطلاق الخبر(۲)و عدم جواز الإتلاف للبائع- فضلا عن الأجنبى، لأن ليس له الفسخ فيكون عاديا فيه، فيترتب عليه المطالبه بما أتلفه- لا ينافى تحقق الانفساخ به، للخبر المزبور، و إن كان قد أثم بالفعل، على أنه لو فرض عدم تناول الخبر المزبور له، أشكل ثبوت أصل الخيار له، بل المتجه اللزوم و مطالبه البائع أو الأجنبى بالمثل أو القيمه، و تعذر التسليم على هذا الوجه لم يثبت سببيته للخيار، و خبر الضرار(۳)يدفعه ما وضعه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳ و ۵.

الشارع من الضمان لمن أتلف مال غيره (۱)فتأمل جيدا.

و على كل حال فالظاهر عدم جريان حكم المبيع على المثل أو القيمه فى التلف من البائع قبل القبض، بل فى جواز حبسها على الثمن إشكال. و لو كان المبيع متعددا فتلف بعضه قبل القبض، انفسخ و رجع بقسطه من الثمن بلا خلاف، بل فى التذكره نسبته إلى كل من أبطل البيع بالإتلاف، و فيها و فى الدروس كان له خيار التبعض فى المقبوض، و فيه نوع تأمل، لكنه ضعيف، و أضعف منه احتمال عدم الانفساخ فى التالف، لتعليق الحكم على تلف المبيع الذى لا يصدق إلا بتلف الجميع، فيبقى حينئذ غيره على الأصل، فيكون تلفه حينئذ من المشترى، لأنه أمانه فى يد البائع، و تسمع فى باب الثمار تتمه لهذا إنشاء الله تعالى.

و كذا إن نقصت قيمته إى المبيع بحدث فيه من الله أو البائع، أو الأجنبى كان للمشترى رده بلا خلاف، بل فى الروضه عن كشف الرموز الإجماع عليه، و لأصاله صحه العقد، و الضرر بإلزامه بقبوله على هذا الحال- و قد علم من حكم التلف قبل القبض إرفاق الشارع بالمشترى خاصه دون البائع- و جبر ضرره- المشابه للانفساخ إنما هو بالخيار.

و فى الأرش مع الالتزام لو كان التعيب من قبل الله كما فى المسالك تردد ينشأ- من أصاله البراءه بعد جبر الضرر بالخيار، على أنه إذا كان من الله تعيب على ملكه، لا من قبل أحد، و هو خيره الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و خلافه، و ابن إدريس بل نفى الخلاف فيه فى الثانى، بل ربما ظهر منهم ذلك حتى لو كان من قبل البائع- و من أنه مضمون على البائع بأجمعه، فكذا أجزائه و صفاته، و اختاره الشيخ فى نهايته، و الفاضل و الشهيدان، بل فى المختلف حكايته عن ابن براج و أبى الصلاح، و فيه ان ضمان البائع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف، لا انه يغرم

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامين الاخبار و من أراد الاطلاع على مداركها فليراجع القواعد الفقهيه ج ۲ للسيد البجنوردى.

المثل أو القيمه، و مثله يمنع سريانه للاجزاء، و الا لاقتضى انفساخ العقد فى الجزء المقابل له من الثمن، حتى لو أراد دفع الأرش من غيره لم يجب عليه القبول، و لا ريب فى بطلانه خصوصا على ما هو الظاهر من عدم مقابله اجزاء الثمن لاجزاء المبيع اللهم إلا ان يدعى ان إعطاء الأرش مشابه للرجوع بالثمن فى تلف الجميع، فيستفاد حكمه منه، لكن الاكتفاء فى الحكم الشرعى بمثل ذلك فى نحو هذه المسأله الخلافيه كما ترى.

نعم لا ريب فى ثبوت الأرش لو كان التعيب من أجنبى، لعموم من أتلف و الضروره على عدم هدر جنايه الجانى و تناول البائع لها- مع كون المال لغيره- لا وجه له، فانحصر فى المشترى، لكن الظاهر بناء على ذلك إنما هو تفاوت ما بين القيمتين من غير ملاحظه النسبه إلى الثمن؛ و إن كان إطلاق لفظ الأرش تقتضى ذلك لأنه جزء من الثمن، و لو كان التعيب من قبل البائع، فالظاهر التزامه بالأرش، لنحو ما سمعته فى الأجنبى. فيتجه منه ما ذكرناه فيه.

اللهم إلا أن يدعى انفساخ العقد فيما قابل الجزء الفائت من الثمن، و قد عرفت ما فيه، و قد يناقش فى أصل ثبوت الأرش على البائع، بأن الضرر الناشئ منه سلط المشترى على الخيار، فكان تزلزل العقد صار عوض جنايته، فلا يستحق معه أرش، الا أن الأول أقوى. و من ذلك ظهر أن المشترى يرجع على الأجنبى بالأرش حيث يكون التعيب منه كما هو صريح بعضهم، و ظاهر آخر و ليس له الرجوع على البائع، باعتبار أنه مضمون عليه كالمغصوب، و هو فى الجمله مؤيد لما ذكرنا من عدم كون العين مضمونه على البائع بالمعنى المزبور. فتأمل جيدا. و الله أعلم.

[و يتعلق بهذا الباب مسائل]

اشاره

و يتعلق بهذا الباب مسائل

[المسأله الأولى إذا حصل للمبيع نماء كالنتاج أو ثمره النخل أو اللقطه كان ذلك للمشترى]

الأولى: لا خلاف بناء على الملك بالعقد فى أنه إذا حصل للمبيع نماء كالنتاج أو ثمره النخل أو ما فى حكمه ك اللقطه للعبد كان ذلك للمشترى لأنه من التوابع لملكه فإن تلف الأصل قبل قبضه سقط الثمن عن المشترى لانفساخ العقد و له النماء لأن التحقيق كون الفسخ من حينه، لا من أصله، و ليس من ذلك أرش جنايه الأجنبى مثلا، فمتى فسخ بها كانت للبائع، لأنه عوض جزء عاد إلى ملك المالك كما هو واضح و لو تلف النماء من غير تفريط، لم يلزم البائع دركه لأنه امانه فى يده و لا يجرى عليه حكم المبيع؛ للأصل السالم عن المعارض.

[المسأله الثانيه إذا اختلط المبيع بغيره فى يد البائع اختلاطا لا يتميز فإن دفع الجميع إلى المشترى جاز]

المسأله الثانيه: إذا اختلط المبيع بغيره فى يد البائع اختلاطا لا يتميز، فإن دفع الجميع إلى المشترى جاز و عن الشيخ انه يجب عليه القبول، لأنه زاده فضلا، و فيه منع، بل الظاهر عدم سقوط الخيار الاتى بالبدل، كما صرح به فى جامع المقاصد و المسالك و ان امتنع البائع قيل و القائل الشيخ فيما حكى عنه ينفسخ البيع، لتعذر التسليم (۱۱) و لانه كالتلف قبل القبض، و فيه منع واضح إذ أقصاه صيرورته كبيع المشاع. و (۱۲) الأقوى عندى ان المشترى بالخيار، إنشاء فسخ و ان شاء كان شريكا للبائع، كما إذا اختلطا بعد القبض (۱۳) فإنه لا ريب فى تحقق الشركه قهرا، و لا فرق فى الاختلاط بين كونه من فعل البائع، أو غيره غير المشترى و لا بين كونه بالمماثل أو الأجود أو الأردى.

نعم فى المسالك «ينبغى- فى الامتزاج بالأجود بغير اختياره- ثبوت الخيار

له، أی البائع أیضا لتضرره بـذلک، مع اختیار المشتری الشـرکه» و فیه إشـکال ینشأ من عـدم مراعاه حاله قبل القبض، و إنما هی مختصه بالمشتری، و لذا لو تعیب من قبل الله فی یده، تسـلط المشتری خاصه علی الخیار، و فی الأرش ما عرفت، علی إن المتجه بنـاء علی ما ذکره، ثبوت الخیار له مطلقا، لا فی خصوص الاختلاط بالأجود، لأن الشـرکه مطلقا ضـرر علیه أیضا. فتأمل. و حکم الاختلاـط بغیر مـال البـائع، حکم الاختلاـط بماله. ثم إنه حیث تفتقر القسـمه إلی مؤنه فهی علی البائع، لأن هـذا العیب مضـمون علیه، و التخلیص واجب علیه، لوجوب تسلیم المبیع إلی المشتری بعینه.

[المسأله الثالثه لو باع جمله فتلف بعضها فإن کان للتالف قسط من الثمن کان للمشتری فسخ العقد]

المسـأله الثـالثه: لو بـاع جمله فتلف بعضـها بـآفه سـماویه فـإن کان للتالف قسط من الثمن، لانه لا یبقی مع فواته أصل المبیع، بل بعضه، و ضابطه ما کان صالحا للبیع منفردا، انفسـخ العقـد فیه، و رجع ما یخصه من الثمن، لصـدق تلف المبیع قبل قبضه، و کون الثمن موزعا علیه، و کان للمشتری فسـخ العقـد فی الباقی، لتبعض الصـفقه و له الرضا بحصه الموجود من الثمن کبیع عبدین، أو نخله و فیهـا ثمره لم تؤبر، و إن لم یکن له قسط من الثمن لبقاء أصل المبیع بفواته، کان للمشتری الرد لما تقـدم أو أخـذه بجمله الثمن، کما إذا قطعت ید العبد و ظاهره هنا الجزم بعدم الأرش، مع أنه تردد فیه سابقا، و احتمال تغایر موضوع المسألتین فی غایه السـقوط، و وجهه مـا سـمعته من عـدم مقـابله الثمن للاـجزاء، حتی یفوت مـا یخصـها منه بفواتهـا، فلیس إلا الخیار، کما لو فات الوصف الـذی صـرح فی القواعـد و جامع المقاصـد و المسالک بعـدم الأرش فیه، قالا فی الأخیرین: «فلو کان العبد کاتبا فنسـی الکتـابه قبـل القبض، فللمشتری الرد خـاصه؛ فـإن الفـائت لیس بعضـا من المبیع، و من ثم لو شـرط کونه کاتبـا، فظهر بخلاـفه لم یسـتحق سوی الرد» لکنهما فرقا بینه و بین الجزء الفائت، کالید و نحوها، و جزما بعد التردد بالأرش فیه، معللین له بأن القیمه تزید بوجوده، و تنقص بعدمه، و فواته من أظهر العیوب و أبینها، و للقطع بأن المبیع

هو مجموع بـدن العبـد، و قـد فـات بعضه، بـل صـرح فی الأخیر منهما أن الخیار فیه تبعض الصـفقه، و أنه کفوات ماله قسط من الثمن من أحد العبدین و نحوه.

و قـد عرفت سابقـا قوه القول بعـدم الأرش فی الجزء، فضـلا عن الوصف لو کـان الفوات من قبـل الله، أما لو کان من أجنبی فلا ریب فی ضـمان الجنایه، و أن الأقوی کون المضـمون تفاوت القیمتین من غیر ملاحظه الثمن، بل و کذا البائع، و علیه فقد یقوی عـدم الفرق بین فوات الجزء و الوصف، ضـروره تفـاوت القیم بتفـاوت الوصف، بـل یمکن التزام مقابلته بالثمن، بناء علی مقابلته الاجزاء. فتأمل جیدا. و الله أعلم.

[المسأله الرابعه یجب تسلیم المبیع مفرغا]

المسأله الرابعه: یجب تسـلیم المبیع مفرغا من أمتعه البائع و غیرها مما لم یدخل فی البیع بمعنی وجوب التسـلیم و التفریغ فلو کان فیه متاع وجب نقله، أو زرع قـد أحصـد، وجب إزالته و إن لم یکن قد أحصد، وجب الصبر إلی أوانه إن اختاره البائع، و لا أجره علیه علی الظاهر. نعم للمشتری الخیار إذا لم یکن عالما به للضـرر. و لو کان للزرع عروق تضر بالانتفاع کالقطن و الذره، أو کان فی الأرض حجاره مـدفونه، أو غیر ذلک مما یمنع الانتفاع أو کماله وجب علی البائع إزالته، و تسویه الحفر فی الأرض لوجوب تسـلیم المبیع إلیه متمکنا من الانتفاع به و کـذا لو کان فیها دابه، أو شـی ء لا یخرج، إلا بتغیر شـی ء من الابنیه؛ وجب إخراجه و إصلاح ما یستهدم و فی القواعد و جامع المقاصد و المسالک و الروضه، وجب الأرش و یمکن رجوعهما إلی معنی واحد، و إن أریـد بالأرش رجوع جزء من الثمن، کان فیه بحث یعرف مما تقـدم؛ و له الفسـخ مع الجهل بالحال، کما صـرح به فی الجامع و المسالک. ثم إن التفریق و إن کان واجبا، إلا ان القبض لا یتوقف علیه، فلو رضـی المشتری بتسـلمه مشغولا، تم القبض، و یجب تفریغه بعده، و فی جواز الامتناع عن القبض قبله وجه.

[المسأله الخامسه لو باع شیئا فغصب من ید البائع فإن أمکن استعادته فی الزمان الیسیر لم یکن للمشتری الفسخ]

المسأله الخـامسه: لو باع شـیئا فغصب من یـد البائع قبل القبض فإن أمکن اسـتعادته فی الزمان الیسـیر وجبت و لم یکن للمشتری الفسخ، للأصل السالم

و إلا يمكن ذلك أصلا، أو بعد الزمان الكثير كان له ذلك للضرر، و له حينئذ الانتفاع بما لا يتوقف على القبض، كعتق العبد و نحوه، و تلفه فی هذه المده من مال البائع، و إن كان قد رضی المشتری بالصبر، و احتمال أن هذا الرضا قبض ضعيف، بل لو تصرف فی المبيع، بنظر أو لمس أو نحوه، و هو فی يد الغاصب لم يكن قبضا عرفا، بل الرضا بالبقاء فی يد البائع، ليس قبضا، فضلا عن الغاصب، كما صرح به خبر عقبه بن خالد(۱)المتقدم. نعم قد يقال: بعدم الانفساخ قهرا بالتلف السماوی فی يد الغاصب بكونه مضمونا عليه للمشتری، فهو حينئذ كما لو ضمنه الأجنبی بالإتلاف فی يد البائع، خصوصا مع كون الانفساخ على خلاف القواعد، فيجب الاقتصار فيه على المتيقن، و هو فيما إذا كان غير مضمون للمشتری، كما إذا كان فی يد البائع، فتأمل جيدا، فإنه دقيق، لكن لا يحضرنی فی الآن من احتمله.

و كيف كان ف لا يلزم البائع أجره المده على الأظهر لأن المضمون عليه إنما هو العين و ما كان من توابعها الداخله فی البيع، و ليست المنفعه من هذا القبيل و انما هی نماء المبيع فلا تكون مضمونه، و لذا قال! فی جامع المقاصد: «لا ريب فی ضعف احتمال الضمان، و قد سبق من قريب فله النماء. غير مضمون، و المنفعه نماء. نعم قد يقال: إن النماء المتصل محل تردد، فان المبيع لو سمن فی يد البائع، ثم هزل جاء فيه الوجهان، إلا إذا كان السمن موجودا وقت العقد، فإنه مضمون قطعا» قلت: يمكن دعوى كون المنفعه فيه من قبيل النماء المتصل، فيكون الاحتمال حينئذ فی محله، لأن فواتها حينئذ بمنزله النقص قبل القبض.

نعم يضعف الاحتمال المزبور ما عرفته سابقا من أن النقص الداخل على المبيع من أجنبی، ضمانه- مع اختيار المشتری اللزوم- على الأجنبی لا على البائع، فيختص حينئذ الغاصب بالرجوع عليه، على أن التحقيق عدم دخول المنافع فی المبيع، و إنما هی نماء.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب الخيار الحديث ۱.

فأما لو منعه البائع عن التسليم، ثم سلم بعد مده، كان له الأجره لأنه غاصب إذا لم يكن امتناعه بحق، كقبض الثمن، بل فی جامع المقاصد احتمال الضمان أيضا، لأن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعه، و لا يلزم من ثبوت الأول الثانی و إن كان الأقوى الأول. ثم إن الظاهر جريان حكم الغاصب عليه فی صوره عدم كون الحبس بحق، ينافيه الاحتمال السابق، فی عدم الانفساخ قهرا لو تلف فی يده بآفه سماويه.

و لو طلب المشتری الانتفاع بالمبيع فی يد البائع بنفسه و بغيره إلی حين تسليم الثمن ففی جامع المقاصد الظاهر أن للبائع المنع، و فيه نظر، و كيف كان فالنفقه فی مده الحبس علی المشتری، لأن العين ملكه، فان امتنع منها رفع البائع أمره إلی الحاكم، فان تعذر أنفق بنيه الرجوع و رجع بها كما فی نظائره. لكن فی جامع المقاصد ما أشبه هذه المسأله، بمثل منع الزوجه نفسها قبل الدخول إلی أن تقبض المهر، فان فی استحقاقها النفقه تردد، قال: و يحتمل الفرق بين المؤسر و المعسر، و فيه أنه يمكن الفرق بين المقامين. و الله أعلم.

[و يلحق بهذا النظر بيع ما لم يقبض و فيه مسائل]

اشاره

و يلحق بهذا ای النظر الثالث بيع ما لم يقبض و فيه مسائل

[المسأله الأولی من ابتاع متاعا و لم يقبضه ثم أراد بيعه كره ذلک]

الأولی: من ابتاع متاعا و لم يقبضه ثم أراد بيعه جاز إن لم يكن مكيلا أو موزونا إجماعا بقسميه و نصوصا(۱)و لا يشمله

النهی عن بيع ما ليس عنده (۲)

قطعا، كما أنه لم يثبت

حديث النهی عن بيع مطلق ما لم يقبض(۳)

كما اعترف به فی الروضه، و لئن ثبت كان حمله علی الكراهه بالنسبه إلی ذلک متعينا، فما حكاه فی التذكره عن بعضهم من القول بالمنع- مع أنا لم نتحقق القائل به- فاسد قطعا نعم كره له ذلک مطلقا كما عن بعضهم، للمرسل المزبور(۴)و إشعار بعض النصوص (۵)أو إن كان المبيع مما

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العقود الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب أحكام العقود الحديث ۶ سنن البيهقی ج ۵ ص ۳۱۳.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب أحكام العقود الحديث ۶ سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۱۳.
۵- ۵ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱ و ۹ و ۱۸.

يكال أو يوزن وفاقا للمفيد و النهايه و محكى القاضى، بل هو المشهور بين متأخرى الأصحاب، نقلا و تحصيلا، لأصاله الجواز و عموماته، و إطلاقاته، سيما التعليل فى نحو

الصحيحين اللذين فى أحدهما(۱)«فى رجل أمر رجلا يشترى متاعا، فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما اشتريته»

و

فى ثانيهما(۲)«لا بأس إنما تشترى.

بعد ما اشتريته».

و خصوص

خبر الكرجى (۳)قال للصادق عليه السلام: «أشترى الطعام إلى أجل مسمى، فيطلبه التجار منى بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، فقال: لا بأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريت، و ليس لك أن تدفع قبل أن تقبض، قلت: فإذا قبضته جعلت فداك، فلى أن أدفعه بكيله؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضوا»

و زاد فيما رواه عنه

فى الفقيه،(۴)قال: «و قلت له: اشترى الطعام من الرجل، و أبيعه من رجل آخر قبل أن

اكتاله، فأقول: ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس»

و المراد أجل الثمن، و البيع مرابحه، و لذا قيد الامام عليه السلام نفى البأس بما سمعت.

و

خبر جميل بن دراج (۵)عن الصادق عليه السلام أيضا «فى رجل اشترى الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، و يوكل الرجل المشترى منه بكيله و قبضه؟

قال: لا بأس»

و

خبر أبى بصير(۶)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه

١- ١ الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ۶ و فيه بعد ما يشتريه: بدل ما أشتريه.

٢- ٢ الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٨ و فيه انما يشتريه منه بعد ما يملكه.

٣- ٣ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٩.

۴- ۴ الفقيه ج ٣ ص ١٣١ الطبع الحديث النجف.

۵- ۵ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۶.

۶- ۶ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ١۶ مع نقصان يسير فيه.

قبـل أن يكيله؟ قـال: لا يعجبنى أن يبيع كيلا أو وزنا، قبل أن يكيله أو يزنه، إلا أن يوليه كما اشتراه، فلا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع، و ما كان من شى ء عنده ليس بكيل و لا وزن، فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه»

و صحيحى (۱)محمد بن مسلم الواردين فى بيع الثمره المشتراه قبل قبضها، بناء على

شمولها للمكيل و الموزون منها، لا أنه لخصوص ما كان على الشجر و النخل.

و

خبر إسحاق المدائنى (۲)«سأل أبا عبد الله عليه السـلام عن القوم يدخلون السـفينه، يشترون الطعام، فيتاومون بها، ثم يشتريه رجل منهم، فيسـألونه فيعطيهم مـا يريـدون من الطعـام، فيكون صـاحب الطعـام هو الـذى يـدفعه إليهم، و يقبض الثمن؟ قال: لا بأس ما أراهم إلا و قد شركوه

، مضافا إلى النصوص (۳)الـداله على جواز بيع السـلم بعـد حلوله و قبل قبضه، بل لا خلاف أجده فيه هناك إلا من بعضـهم إذا كان البيع بجنس الثمن مع الزياده، بناء على أن المسألتين من واد واحـد، كما صـرح به فى الروضه و المسالك و اختار فيهما معا الحرمه، إلاـ أن النصوص شاهـده بخلاـفه، و لـذا فر المحـدث البحرانى من القول بالحرمه فيها من قوله بها فى المقام. نعم يمكن حمل تلك النصوص على غير صوره البيع، و أنه كان وفاء بصلح و نحوه. فلاحظ و تأمل.

و قيل؟ كما عن العمانى: لا يجوز، و مال إليه ثانى الشـهيدين و المحـدث البحرانى و قيل كما عن المبسوط و الخلاف و الغنيه و الصـدوق و القاضـى فى أحـد كتابيه أنه إن كان طعاما لم يجز بل فى الثلاثه الأول الإجماع عليه، و إن كان موهونا بمصـير بعض من تقدمه، و معظم من تأخره إلى خلافه، بل قد سمعت أن خيرته فى النهايه

۱- ۱ الوسائل الباب ۷ من أبواب بيع الثمار الحديث ۳ و ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب ۷ من أبواب أحكام العقود و باب ۱۱ من أبواب السلف.

الکراهه، فلاـ ریب فی قصوره عن معارضه أدله الجواز، کالنصوص (۱)التی ما بین قاصـره الدلاله، أو السند، و مشتمل علی ما لا یقول به المعظم منهم من الفرق بین التولیه و غیرها، و ناه عن البیع قبل الکیل و الوزن الذی لا یدل علی المقام، بناء علی التحقیق من عـدم توقف القبض علیه، علی أن مقتضـی عـدم التعـارض بینهما ما اختاره العمانی، و هو شاذ، فمفاد النصوص لا قائل به إلا نادر، و ما قالوه من خصوص الطعام غیر مفادها.

و حینئذ فلا ریب أن الأول أشبه و علیه یحمل لفظ لا یصلح فی

صحیح الحلبی (۲)عن الصادق علیه السلام قال: «فی الرجل یبتاع الطعام، ثم یبیعه قبل أن یکال؟

قال: لا یصلح له ذلک»

و مثله خبر البصری(۳)

و أبی صالح (۴)مع زیاده «لا تبعه حتی تکیله»

و خبر علی بن جعفر(۵)«سـأل أخاه علیه السـلام عن الرجل یشتری الطعام أ یصـلح بیعه قبل أن یقبضه؟ قال: إذا ربـح لم یصـلح حتی یقبض، و إن کان تولیه فلا بأس»

خصوصا بملاحظه خبر أبی بصیر(۶)المتقدم الظاهر فی الکراهه. بل هو القرینه علی إرادتها من النهی فی الزیاده المزبوره.

کالنهی فی

صحیح منصور بن حازم (۷)عن الصادق علیه السـلام أیضا «إذا اشتریت متاعا فیه کیل أو وزن، فلا تبعه حتی تقبضه إلا أن تولیه، فإذا لم یکن فیه کیل و لا وزن فبعه»

و خبر محمـد بن قیس (۸)عن أبی جعفر علیه السـلام «من احتکر طعامـا أو علفـا، أو ابتـاعه بغیر حکره، و أراد أن یبیعه، فلا یبعه حتی یقبضه و یکتاله»

و خبر حزام المروی عن مجالس الطوسی (۹)قال: «ابتعت طعاما من طعام الصدقه، فأربحت فیه قبل أن أقبضه، فأردت

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱۴.

٥- ٥ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ٩.
۶- ۶ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ١۶.
٧- ٧ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ١.
٨- ٨ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٧.
٩- ٩ الوسائل الباب ١۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢١.

بیعه، فسألت النبی صلی الله علیه و آله؟ فقال: لا تبعه حتی تقبضه»

مع أنه استثنی فی الثانی:

التولیه، کما أن الأول لا یدل علی المطلوب؛ إلا بناء علی إراده القبض من الکیل، و فیه منع.

و أولی من ذلک فی احتمال إراده الکراهه،

صحیح الحلبی (۱)«سأل أبا عبد الله علیه السلام عن قوم اشتروا بزا فاشترکوا فیه جمیعا و لم یقتسموه، أ یصلح لأحد منهم بیع بزه قبل أن یقبضه؟ قال: لا بأس به، و قال: إن هذا لیس بمنزله الطعام، إن الطعام یکال»

الذی أقصی مفهوم التعلیل فیه ثبوت البأس الذی هو أعم من الحرمه. ک

خبر منصور(۲)«سأل أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری بیعا لیس فیه کیل و لا وزن إله أن یبیعه مرابحه قبل أن یقبضه و یأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلک ما لم یکن کیل و لا وزن فإن هو قبضه فهو إبراء لنفسه»

إلی غیر ذلک من النصوص- التی هی مع قطع النظر عما ذکرناه من أدله الجواز- ظاهره فی الکراهه.

و قد عرفت أن مقتضاها- خصوصا مع ملاحظه التعلیل فی صحیح الحلبی- تعمیم الحکم فی کل مکیل و موزون، لا خصوص الطعام، و هو خلاف المعروف بین القائلین بالحرمه، کما أن المعروف بینهم، عدم الفرق فی ذلک بین التولیه و غیرها، و لذا نسبه المصنف إلی الروایه، فقال و فی روایه یختص التحریم بمن یبیعه بربح، فأما التولیه فلا بل عن المهذب البارع، أنه لم یقف علی عامل بها، و إن کان فیه أنه قال: به بعض من تقدمه کالفاضل فی التحریر و القواعد و تبعه الشهید الثانی فی المسالک و الروضه، للنصوص المزبوره التی ظهر لک أن الأولی الجمع بینها بالقول

بالکراهه فی مطلق ما لم یقبض للمرسل،(۳)و تشتد فی خصوص المکیل و الموزون، و تشتد فی خصوص الطعام منه، و تشتد فی خصوص بیعه مرابحه؛

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱۰.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱۸.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۶.

و فی إلحاق الوضیعه بها؛ أو بالتولیه، وجهان- من لزوم الاقتصار فیما خالف إطلاق المنع علی ما تضمنه الروایات- و من مفهوم الصحیح إذا ربح لم یصلح حتی یقبض، و احتمال ورود الإطلاقات، و استثناء التولیه خاصه مورد الغلبه، لکون المعامله بالوضیعه نادره، إلا أنه وارد فی مفهوم الصحیح، و مع ذلک یؤید الأول، ذیل خبر أبی بصیر(۱)السابق، بناء علی عطف یضع فیه علی لفظ یربح، لکن قد یقوی فی النفس خفه الکراهه فیها بالنسبه إلی التولیه، إذ الظاهر أن المراد من النصوص أنه مع البیع مرابحه ینبغی الکیل و الوزن، و عدم الاکتفاء بالإخبار کما هو المناسب لأخذ الربح و دفعه، أما إذا لم یکن له فیه ربح، فاللائق أخذه منه کما اشتراه بالاخبار و نحوه، و لا ینبغی مداقته لعدم حصول ربح له، فلا ریب فی أولویه المواضعه حینئذ، فلاحظ النصوص و تأمل ما ذکرناه تجده واضحا.

کما أنک تجد أوضح من ذلک، ما أومأنا إلیه سابقا من أنه علی المختار من عدم توقف القبض علی الکیل و الوزن، ینبغی جعل موضع

الکراهه، بیع ما لم یکل أو یوزن و إن کان مقبوضا، بل الاولی تحریر محل النزاع کذلک، لما عرفت من الاختلاف فی تحقق القبض، و احتمال عدم البأس کراهه و حرمه فی بیع الطعام فضلا عن غیره إذا کان قد قبضه بنقل أو وضع ید أو نحوهما و إن لم یکن قد کاله و وزنه- ینافیه ظاهر النصوص، ضروره وضوحها فی أن المدار علی عدم کیله و وزنه. نعم عبر فی بعضها عن ذلک بعدم القبض لغلبه حصول الکیل و الوزن معه، و احتمال العکس ضعیف بالنسبه إلی ذلک فیها، و إن کان یؤیده ظاهر تحریر محل النزاع فی کلام الأصحاب فلاحظ و تأمل.

و کیف کان، فالظاهر البطلان علی القول بالحرمه، کما عن العمانی التصریح به، و تبعه بعض المتأخرین، لما تحقق فی الأصول من اقتضائه الفساد عرفا، إذا تعلق بالمعامله، فما فی المختلف من أنه یأثم خاصه، بناء علی عدم اقتضاء النهی الفساد فی

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱۶.

المعامله، قد تبین ضعفه فی الأصول، هذا کله إذا أراد بیع ما انتقل إلیه بالبیع قبل قبضه.

و أما لو ملک ما یرید بیعه بغیر بیع، کالمیراث، و الصداق للمرأه و الخلع، جاز و إن لم یقبضه بلا خلاف أجده، بل ربما ظهر من بعضـهم الإجمـاع علیه، لعموم الأـدله و إطلاقها السالمین عن المعارض، حتی لو کان انتقاله إلی المورث و المصـدق و المختلعه ببیع لاـ قبض معه، کمـا هو مقتضـی إطلاـق المتن و غیره و صـریح بعض، ضـروره ظهور أدله المنع فیما لا واسـطه بین الابتیاع و البیع، و فی الفرض قـد تخلل الإرث و الإصداق و عوض الخلع بین الابتیاع و البیع، فما عن بعضـهم من تقیید الإطلاق بذلک فی غیر محله.

و کذا لا إشکال فی جواز نقل ما ابتاعه و لم یقبضه بغیر البیع حتی الصلح، بناء علی ما هو التحقیق من کونه عقدا مستقلا، للعموم و الإطلاق السابقین (۱)فالمنع حینئـذ من الإجاره بناء علی أنها ضـرب من البیع، فیه منع واضـح، و من الکتابه لأنها بیع للعبـد من نفسه، و هو أوضـح منعـا، فصار المنع و الکراهه فیما لم یقبض مشـروطه بشـرطین، أحـدهما- انتقاله إلیه بالبیع، و الثانی- نقله بلا واسـطه مبیع، و الظـاهر اختصاص الحکم بالمبیع کما صـرح به بعضـهم، دون ثمنه، فیجوز نقله ببیع و غیره و إن لم یکن مقبوضا، اقتصارا فیما خالف الأصل علی المتیقن. و الله أعلم. و مما ذکرنا یظهر لک.

[المسأله الثانیه لو کان له علی غیره طعام من سلم و علیه مثل ذلک فأمر غریمه أن یکتال لنفسه من الآخر فهذا أیضا مکروه]

أن المسأله الثـانیه التی ذکرها المصـنف و غیره، و هی أنه لو کان له علی غیره طعام من سـلم، و علیه مثل ذلک، فأمر غریمه أن یکتـال لنفسه من الآـخر لیست ممـا نحن فیه، إذ هی إما حواله أو وکاله؛ و علی کل حال لیست من بیع المبیع قبل قبضه فلا یأتی فیها البحث السابق فما ف ی المتن و غیره- من أنه علی ما قلناه فی

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

المسأله السابقه يكره، و على ما قالوه فيها يحرم معللا ل ه ب أنه قبضه عوضا عماله قبل أن يقبضه صاحبه فى غير محله، كالتعليل الـذى من الواضـح عـدم اقتضائه كونه بيعا قبل قبضه، إذ المعاوضه أعم من البيع، و دعوى أن الحواله قسم من البيع كما ترى، بل هى قسم مسـتقل برأسه، و من هنا قال فى المحكى عن الخلاف: «يجوز الإحاله، سواء كان الطعامان قرضـين، أو أحدهما قرضا و الآخر سلما بلا خلاف أو كانا سلمين عندنا، لأن الأصل جوازه و المنع يحتاج إلى دليل».

و من ذلـك يعلم أن ما حكاه فى المسالك عن الخلاف فى غير محله، نعم حكى ذلك عن المبسوط و القاضـى و ظاهر المتن و بعض، موافقته على بناء هذه المسأله، على المسأله السابقه، بل نفى الخلاف عنه فى المبسوط؛ قال: «و إن كانا سلمين لا يجوز بلا خلاف لأن بيع السـلم لا يجوز قبل القبض إجماعا لا لعله» لكن قـد عرفت ما فيه، على أنه قـد روى المشايخ الثلاثه فى الصـحيح (۱)فى بعض

و الموثق فى آخر، عن عبـد الرحمن بن أبى عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السـلام عن رجل عليه كر من طعام فاشترى كرا من رجل آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كرك، قال: لا بأس به».

و كيف كـان فقـد ظهر لك أن بناء هـذه المسأله على ما تقـدم لا وجه له. و ما عن الشـهيد فى بعض تحقيقاته- و أنه من لطائف الفقه، و ربما كان التعليل فى المتن و غيره موميا إليه- «من أن مورد السـلم لما كان ماهيه كليه ثابته فى الـذمه، منطبقه على أفراد لا نهايه لها، فأى فرد عينه المسـلم إليه، تشخص ذلك الفرد، و انصب العقد عليه، فكأنه لما قال له الغريم: اكتل من غريمى فلان، قد جعل عقد السلم معه. واردا على ما فى ذمه غريمه المستسلف منه؛ و لما يقبضه بعد، و لا ريب أنه مملوك له بالبيع، فإذا جعل مـورد السـلم الـذى هـو بيع، يكون بيعـا للطعـام قبـل قبضه فيتحقق الشـرطان، و يلحق بالبـاب»- لو سـلم فإنمـا هو فى الفرد الـذى يتشخص بالدفع و القبض، أما الذى تشخص

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۲.

بعقـد الحواله كما فى المقام، فقـد يمنع صـدق اسم المسـلم عليه، إذ هى عقد مسـتقل يحصل به ملك ما فى الذمه، و لا ينصـب عقد السلم عليه، و لو فرض موضوع البحث وكاله فى القبض، زال الإشكال من هذه الحيثيه قطعا.

نعم يبقى إشـكال تولى الواحد طرفى القبض إذا أراد قبضه لنفسه، بعد القبض عن موكله كما تسـمعه فى المسأله الآتيه، و لعل ما ذكرناه أولى مما فى المسالك من مناقشه الشـهيد «بان مورد السـلم و نظائره من الحقوق الثابته فى الذمه، لما كان أمرا كليا، كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلى، و ما يتعين لـذلك من الأعيان الشخصـيه بالحواله و غيرها ليس هو نفس المبيع، و إن كان الأمر الكلى إنما يتحقق فى ضـمن الأفراد الخاصه، فإنها ليست عينه، و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا رجع الحق إلى الذمه، و المبيع المعين ليس كـذلك، و نظير ذلـك مـا حققه الأـصوليون من ان الأـمر بالكلى ليس أمرا بشـى ء من جزئياته الخاصه، و إن كان لا يتحقق إلا بها، و حينئـذ فانصـباب العقـد على ما قبض و كونه حينئـذ مبيعا غير واضـح، فالقول بالتحريم عند القائل به فى غيره غير متوجه، نعم لا بأس حينئذ بالكراهه، خروجا من خلاف الشيخ و جماعه، و تحرزا مما هو مظنه التحريم».

إذ فيه أن مـا ذكره من ظهور الاسـتحقاق و العيب، يقتضـى الفرق بين المبيع المعين و غير المعين لا أنه يقتضـى كونه غير مبيع، و لم يـدع الشـهيد و لا غيره، أنه عين المبيع أولا و بالـذات، بل صار بعـد التعيين مبيعا، و لا ينبغى إنكار صـدق وصف الكلى على الشخصـى المـدفوع عنه فى البيع و الإجـاره و غيرهمـا، و قـد صـرح به الأصـحاب فى غير المقام، كالإجاره و الصـرف، و العرف شاهد عليه.

نعم قـد يتوقف فى نحو الـدفع بـالحواله كمـا ذكرناه: و الأمر سـهل بعـد أن كان الحكم الكراهه المتسامـح فيها عنـدنا فى أصـل المسأله، إذ ما نحن فيه إن لم يكن من البيع قبل القبض، فهو شبيهه كما عبر به فى الدروس ثم على التحريم فلا ريب فى البطلان كما

قلناه فی المسأله السابقه، و حینئذ لا یبر أذمه کل من المحول و المحول علیه بقبض المحتال، و ما عن التذکره- من أن براءه ذمه الدافع، أصح الوجهین ضعیف، ضروره کون الدفع و القبض بعنوان صحه العقد، و الفرض فساده، نعم هو صحیح علی المختار و تبرأ ذمه کل منهما.

و کذا یصح الشراء قطعا لو دفع إلیه مالا، و قال: اشتر به طعاما لی فإن قال: اقبضه لی ثم اقبضه لنفسک صح الشراء و القبض عن الموکل قطعا، بل عن غایه المرام نفی الخلاف فیه دون القبض له عند الشیخ و القاضی فیما حکی عنهما لانه لا یجوز أن یتولی الواحد طرفی القبض و لأن

الحلبی (۱)سأل الصادق علیه السلام فی الصحیح «عن رجل أسلفته دراهم فی طعام فلما حل طعامی علیه، بعث إلی بدارهم، فقال اشتر لنفسک طعاما و استوف حقک؟ فقال: أری أن یولی ذلک غیرک، و تقوم معه حتی تقبض الذی لک، و لا تتول أنت شرائه»

و سأله أیضا عبد الرحمن البصری (۲)فی المرسل «عن الرجل أسلف دراهم فی طعام، فحل الذی له، فأرسل إلیه بدارهم، فقال اشتر طعاما و استوف حقک هل تری به بأسا؟ قال: یکون معه غیره یوفیه ذلک».

و من هنا قال المصنف کظاهر غیره و فیه تردد لکن لا ریب أن الأقوی الجواز للأصل، فیکفی المغایره الاعتباریه فی القابض و المقبوض منه، کما تقدم فی تولی طرفی العقد، و لأن

یعقوب بن شعیب (۳)سأل الصادق علیه السلام فی الصحیح «عن الرجل یکون له علی الآخر أحمال من رطب و تمر فبعث إلیه بدنانیر فیقول: اشتر بهذه و استوف منه الذی لک؟ فقال: لا بأس إذا ائتمنه».

و منه یعلم أن المراد بالخبرین الأولین الإرشاد إلی رفع التهمه، و من هنا جزم

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب السلف الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب السلف الحدیث ۲.

۳- ۳ التهذیب ج ۷ ص ۴۲ الحدیث ۱۸۰ الطبع الحدیث.

الفاضل فی بعض کتبه و الشهید ان و المحقق الثانی بصحه القبض له، علی أن إقباضه لا یزید علی إذنه و قد حصلت، فهو کما لو أذن لغریمه فی قبض مال مخصوص له، عوضا عما له علیه.

بل الظاهر الصحه أیضا لو دفع له دراهم، و قال: اشتر لی بها طعاما، ثم اقبضه لنفسک، و إن لم یقل اقبضه لی ثم اقبضه لنفسک. بل صحیح شعیب (۱)أدل علی صحه ذلک من الأول، و لا یحتاج إلی أن یقبض أولا بنیه أنه لذی الدراهم، ثم یقبض بعد ذلک بل یکفی قبضه لما اشتراه إذا کان مشخصا بنیه أنه وفاء عما له فی ذمته، و أقصاه أنه یکون استیفاء مما لم یقبضه بإذنه، بل لو کان ما اشتراه کلیا، یمکن الإکتفاء بقبض الغریم عوضا عما له فی ذمته، عن القبض أولا بعنوان أنه لذی الدراهم، و إطلاق الخبر المزبور شاهد علیه، و لو دفع الیه دراهم و قال: خذها بدل الطعام جاز، لأنه استیفاء من غیر جنس؛ بل لو

قلنا أنه بیع للطعام علی من هو علیه قبل قبضه جاز أیضا بناء علی المختار من کراهه ذلک، لکن عن المبسوط أنه لم یجز لأنه بیع المسلم فیه قبل قبضه، و هو غیر جائز، و فیه أن الدفع بدله أعم من البیع و لو سلم فقد عرفت التحقیق.

و لو دفع الیه دراهم و قال: اشتر لنفسک لم یصح الشراء و حینئذ ف لا یتعین له بالقبض بلا خلاف أجده فیه، لامتناع الشراء بمال الغیر لغیره ما دام علی ملک الغیر و لو باذنه، اقتصارا علی المتیقن من إطلاق أدله البیع، فیبقی أصاله عدم النقل بحالها، إلا ان الانصاف عدم خلو ذلک عن البحث إن لم یکن إجماعا، و لو علم بقرینه- إراده قرض الدراهم من ذلک، أو القضاء لما علیه من الطعام بجنس الدراهم أو الاستیفاء بعد الشراء و القبض له، و یکون التعبیر المزبور باعتبار ما یئول إلیه، أو لأنه السبب فی هذا الشراء- خرج عن موضوع البحث. و اللّه أعلم.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب السلف لکن عن الحلبی فی ذیل حدیث الأول.

[المسأله الثالثه لو كان المالان قرضا أو المال المحال به قرضا صح ذلک قطعا]

المسأله الثالثه: لو كـان المالان قرضا، أو المال المحال به قرضا، صـح ذلك قطعا بل فی التحرير قولا واحـدا، للأصل بعـد انتفاء شرطی المنع فی الأول الـذی نفی الخلاف عن الصحه فيه فی المحكی عن المبسوط و الخلاف، و انتفاء تحقق بيع ما لم يقبض فی الثانی، لكن لا وجه لتخصيص القرض بالمحال به، كما فی الكتاب و القواعد و التحرير؛ بل متى كان أحدهما قرضا صح كما نص عليه فی المبسوط و التذكره و الدروس و جامع المقاصد و المسالك على ما حكی عن بعضها، إذ التحقيق ان الحواله ليست بيعا، و ربما وجه تخصيص ذلك بأن المحال يشبه المبيع، من حيث تخيل كونه مقابلا بالآخر، و فيه ان شبهه بالثمن أظهر لمكان الباء.

نعم قـد يقـال: ان الغرض: من التخصـيص الرد على ما عن الشافعيه فی أحـد الوجهين من عـدم صـحه الحواله إذا كان المحال به قرضا، بل ربما اسـتظهر من التـذكره احتماله أيضا حيث انه حكاه ساكتا عليه. موجها له بأنه بيع سـلم بـدين. و الأمر سـهل بعد ما عرفت.

[المسأله الرابعه إذا قبض المشترى المبيع مثلا ثم ادعى نقصانه فإن لم يحضر كيله و لا وزنه فالقول قوله]

المسأله الرابعه: إذا قبض المشترى المبيع مثلا ثم ادعى نقصانه.

فإن لم يحضر كيله و لا وزنه فلا خلاف أجده إلا ما ستعرف ف ی أن القول قوله فيما وصل إليه مع يمينه، إذا لم يكن للبائع بينه بل فی الرياض قولا واحـدا لأصاله عـدم وصول حقه إليه، السالمه عن معارضـته، الظاهر و غيره، كما صـرح به غير واحـد فيكون منكرا؛ و البائع مدع،

«و البينه على المدعی، و اليمين على من أنكر»(۱)

من غير فرق بين دعوى كثره النقصـان و قلته هنـا، و احتمال أن القول قول البائع بيمينه- إن ادعى المشترى نقصانا كثيرا لا يخفی مثله على القـابض، بخلاـف القليـل الـذی يمكن خفائه، نحو ما تسـمعه من التحرير فی صوره الحضور ناشأ من ملاحظه معارضـه الظاهر، للأصل فی الأول، بخلاف الثانی- يدفعه منع الظهور

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث ۳.

مطلقـا، مع عـدم الحضور أولاـ و منع حجيته- بحيث يعـارض الأصـل- ثانيا، و دعوى- أنه به يكون البائع منكرا، بناء على أنه ما وافق الظاهر، فيقدم حينئذ بيمينه يدفعها- مضافا إلى ما عرفت- منع تسـليم كون المنكر ذلك، بل القول بأنه ما وافق قوله الأصـل أقوى منه.

نعم لـو فرض قرائن تشـهد بكـذب المـدعى على وجه يحصـل العلم للحـاكم؛ لم تسـمع دعواه لـذلك، كمـا لو ادعى قبض حقه بعنوان أنها وزنه و كان من أهل الخبره هـذا. و لكن قد يقال: إن الأقوى منهما إيكال المدعى و المنكر إلى العرف، و لعل صدقه على ما لو ترك، لترك أتم، و لا ريب فى أن المشترى هنا يصـدق عليه ذلك، فيكون مدعيا و عليه البينه، و على البائع اليمين، و قد يؤيده أصاله الصـحه فى دفع المسلم و قبضه، إذ الفرض أنه قبض على أنه تمام الحق، و صحه كل شى ء بحسبه، و نحو ذلك بل أظهر منه، لو ادعى المشترى عيب المقبوض.

و لذا حكى عن التذكره أنه فصل فقال: «يقدم قول مدعى التمام، إن اقتضـى النقص بطلان العقد، كالصرف بعد التفرق و السلم، و إلا فمدعى النقص» و احتمله فى الدروس و لعله لاندراج الأول فى مدعى الصحه و الفساد، بخلاف الثانى و إن كان قد يناقش بمنع كون الأـول كـذلك، بعـد فرض عـدم اعترافه بما يقتضـى الحكم عليه بالصـحه، كما لو قال: قبضـته بإخبار البائع أنه تام، و الفرض تسـليم البائع ذلك، فإن مجرد ذلك لا يقتضـى الحكم عليه بصحه العقد المشترط فيه التقابض الذى مقتضى الأصل عدم حصوله، و إن كان قد وقع العقد بمعنى الإيجاب و القبول، إذ ذلك بمجرده لا يقتضـى حصول الشـرط المتأخر، كما هو واضح، خصوصـا بعـد ملاـحظه نظـائره ممـا يشترط فى صـحته القبض كالرهن و الهبه و نحوهما، و لعله لـذا أطلق الأصـحاب الحكم فى المقام.

و لكن يرد عليه مـا ذكرنـاه، و يمكن دفعه بعـدم قبضه بعنوان الإذعـان بالتمـاميه، على وجه يكون كالاـعتراف، بل المفروض أنه قبضه على إخبار البائع مثلا،

و لعل فرق الأصحاب بين الحضور و عدمه لذلك، على معنى، أن الحاضر منفصل بعنوان وصول تمام حقه إليه، على وجه يكون كالمعترف فعلا، بخلاف غير الحاضر و لذا كان القول قول البائع مع الحضور و المشترى مع عدمه، و لعل هذا تحقيق المسأله إن لم يكن إجماعا على غيره.

و كيف كان فمما ذكرنا ينقدح الوجه فيما ذكره غير واحد، بل هو المشهور، بل عن التذكره نسبته إلى علمائنا، بل فى الرياض نفى الخلاف، و أنه هو الحجه من أنه إن كان المشترى قد حضر الكيل و الوزن فالقول قول البائع مع يمينه، و البينه على المشترى خصوصا مع اعتضاد قول البائع هنا بظهور الحضور، فى تماميه المقبوض، و احتمال السهو و الغلط و نحوهما لا ينافى الظهور المزبور، بل قبضه مع حضوره، بمنزله اعترافه بتماميه الفعل، فلا يسمع منه دعوى النقصان من دون ذكر وجه معتد به لما وقع منه، نحو ما إذا وقع الاعتراف منه بذلك، و الأصل براءه ذمه البائع بعد حصول ذلك منه، فيتفق حينئذ الأصل و الظاهر، و الترك لو ترك فى المقام، و لا فرق فى ذلك بين دعوى كثره النقصان و قلته.

و لكن فى التحرير و إن حضر فالقول البائع إن ادعى نقصانا كثيرا، و الوجه قبول قوله فى قليل يمكن وقوعه فى الكيل، و كأنه لحظ عدم الظهور فى الأخير، بخلاف الأول، و فيه منع؛ مع أن العمده ما عرفت، و منه يعلم أنه لا وجه لتوقف بعضهم فى الحكم المزبور، و أنه لا دليل على اعتبار الظهور و رجحانه على الأصل أولا، و منع الظهور ثانيا، لاحتمال الغلط و السهو و غيرهما، فان لم ينعقد إجماع كان الوجه تقديم قول المشترى على كل حال؛ إذ قد عرفت أن الوجه ما ذكرناه، و لا يرد مثله فى الأول، لأن المفروض عدم حضوره، بل كان قبضه مبنيا على إخبار البائع، بل لو اعترف كان المراد من اعترافه البناء على ظاهر الإخبار. هذا كله إذا أبرز الدعوى بما ذكرنا.

أما لو ادعى المشترى عدم قبض جميع حقه كان القول قوله و إن كان حاضرا،

للأصل السالم عن معارضه غيره؛ و حضوره أعم من قبض جميع حقه كما هو واضح، و هذه من الحيل التى يترتب عليها الحكم الشرعى الذى هو مبنى على القواعد الظاهره، و الظاهر اتحاد الحكم المزبور فى المعدود، و لو مزروعا كالمكيل و الموزون و ان اقتصر بعضهم على الثانى، و حضور الوكيل كحضور الموكل فى وجه، و كذا حضوره الكيل لغيره، خصوصا إذا كان هو المباشر له، و إن كان ظاهر بعض العبارات حضور الكيل للنفس، و المدار فى الظاهر الذى يترتب عليه الحكم هو ما كان متحققا فى غالب الأفراد، لا ما اتفق باعتبار فرد خاص قد انضمت إليه بعض القرائن الحاليه أو المقاليه.

فتأمل جيدا. و اللّه أعلم.

[المسأله الخامسه إذا أسلفه فى طعام بالعراق ثم طالبه بالمدينه لم يجب عليه دفعه]

المسأله الخامسه: إذا أسلفه فى طعام بالعراق مثلا و قلنا بانصراف إطلاق العقد إلى بلده ثم طالبه بالمدينه مثلا لم يجب عليه دفعه بلا خلاف أجده فيه، للأصل، و كون الانصراف كالشرط الذى قد جعل اللّه المؤمن عنده (۱)من غير فرق بين تساوى القيمه و تفاوتها، كما أنه لو دفعه إليه لم يجب على ذى الحق قبوله لذلك أيضا نعم لو تراضيا عليه لا بأس به

قطعا و أما لو طالبه بقيمته قيل و القائل الشيخ و جماعه لم يجز لأن دفعها عوضا ع نه من بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه و قد عرفت أن مذهبهم فيه الحرمه، بل البطلان و فيه أولا أن المتجه على ما قلناه نحن هناك أنه يكره (۱۱) هنا، و ثانيا منع كون ذلك منه، إذ هو وفاء للحق بغير جنسه، لا بيع، و أقصى ما يسلم أنه معاوضه أعم من البيع، على أن

ابن فضال (۲)قد كتب إلى أبى الحسن عليه السلام «فى الرجل يسلفنى فى الطعام، يجى ء الوقت و ليس عندى طعام، أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم»

و أرسل ابن أبان (۳)عن بعض أصحابنا «عن الصادق عليه السلام فى الرجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل، فيحل

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب السلف الحديث ۸.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب السلف الحديث ۵ لكن عن ابان بن عثمان مع اختلاف يسير.

الطعام، فيقول: ليس عندى طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ منى؟ قال: لا بأس بذلك».

و لا ينافيهما

صحيح العيص بن القاسم (۱)سأل الصادق عليه السلام «عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطه، حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام، و وجد عنده دوابا و رقيقا و متاعا أ يحل له أن يأخذ من

عروضه تلك بطعامه؟ قال: نعم يسمى كذا و كذا، بكذا و كذا صاعا»

إذ المراد منه أنه حيث كانت القيمه عروضا، لا دراهم؛ فلا بد من تشخيصها فى مقابله الطلب الذى له، ليحصل بذلك استيفاء حقه، فلا ينبغى التوقف حينئذ فى الجواز مع التراضى.

إنما البحث فى أن له حينئذ جبره على القيمه فى بلد السلم؟ المشهور نقلا العدم للأصل، و لأن القيمه فرع استحقاق ذيها، لأنها لم يجر عليها عقد، و لا دل دليل على استحقاقها، و عن التذكره أن له ذلك لأن الطعام الذى يلزم دفعه معدوم، فكان كما لو عدم الطعام فى بلد يلزمه التسليم فيه، و فيه منع ظاهر، و لأن الطعام قد حل، و التقصير من المسلم إليه، حيث أنه لم يحضره فى مكان التسليم عند الحلول، و لا مانع من التسليم إلا كونه ليس فى مكان التسليم الذى هو حق عليه، فإذا أسقطنا حق المسلم من المطالبه بالطعام، ارتفاقا بحال المسلم إليه، انتقل حق المسلم له إلى القيمه فى مكان التسليم، جمعا بين الحقين، و فيه أن الحلول أعم من ذلك، و التقصير مع إمكان فرض عدمه، هو أعم منه أيضا و لا تعارض بين الحقين، حتى يجمع بينهما بذلك؛ على أن اللّٰه قد جمع بينهما «بأن

المؤمنين عند شروطهم»(۲)

قال: «و لأن فيه من الضرر ما لا يخفى إن لم يكن له ذلك، إذ ربما لا يريد العود الى بلد السلف و ربما احتاج فى عوده إلى أضعاف السلم، و ربما كان المسلم إليه لا يوثق بعوده إليه و الظفر به هناك، بل ربما يكون

هرب من السلف، فيكون منعه من مطالبته مفضيا إلى

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب السلف الحديث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحديث ۴.

ذهاب حقه أبدا، و طريقا إلى مدافعه الغريم عن الحق الحال عليه» و فيه أن الضرر لا يدفع بالضرر؛ على أنه يمكن فرضه خاليا عن ذلك كله، و لا نقول أنه ليس له مطالبته أصلا، بل له المطالبه فى المدينه بإلزامه بالتأديه فى العراق، و الاحتمالات المزبوره بعد أن كانت اتفاقيه الحصول، اتجه الرجوع فيها بعد ثبوتها إلى الحاكم ليلزمه بوجه تخلو عنه.

و من ذلك يعلم ما فى جامع المقاصد من أن التحقيق أن يقال: له المطالبه بالطعام مع المساواه لبلد السلم أو النقصان، و إلا فله المطالبه بقيمه بلد السلم، لتعذر المثل، بل قال: و لو أتاه برهن أو ضمين و تهيأ للمسير معه مع أول رفقه، فالظاهر عدم وجوب الصبر، لما فيه من الضرر و تأخير الدين الحال، إذ لا يخفى أن المساواه أو النقصان، لا تسوغ له المطالبه فى غير البلد الذى انصرف اليه العقد الذى بمنزله الشرط، على أن المسلم إليه قد يكون تحصيل عين الحق فى تلك البلد سهلا عليه، بخلاف غيره، كما أن حلول الدين لا يسوغ خلاف الشرط، و الفرض انصراف العقد إلى البلد المخصوص، بل لو قلنا أنه يجب عليه فى ذلك اليوم التسليم فى العراق، و هو متعذر فالمتجه فيه السقوط، لقبح التكليف بما لا يطاق، و منع خطاب الوضع و هو ثبوت لا أنه ينتقل إلى القيمه قياسا على تقدير المسلم فيه فى بلد السلم، بعد بطلان القياس عندنا، و اللّه أعلم.

و لو فرض أنه كان ما فى الذمه من الطعام مثلا قرضا فى العراق لا سلما جاز أخذ العوض أى القيمه بسعر العراق قولا واحدا، لعدم كونه بيعا لما اشتراه قبل القبض. إنما الكلام فى أن له المطالبه بالمثل؟ الأظهر العدم، وفاقا للفاضل و ثانى الشهيدين، للأصل بعد انصراف عقد القرض إلى بلده فليس له المطالبه بالأداء فى غيره، كما أنه لو دفع إليه فيه، لم يجب قبوله، فإذا لم يكن له ذلك، لم يكن له

المطالبه بالقیمه التی لم یجر علیها عقد، و لا دلیل علیها، خلافا للتحریر و التذکره و محکی المبسوط و القاضی و غایه المرام، بل ربما لاح من الأخیر عدم الخلاف فیه، فیجبر علی دفع قیمه العراق و لم نعرف له وجها، سوی ما سمعته فی السلم و سمعت بطلانه، و للمختلف فیجب دفع المثل بالمطالبه، فإن تعذر فالقیمه بسعر العراق، و کأنه مبنی علی منع الانصراف المزبور، کما مال إلیه فی الحدائق، إلا أن المتجه حینئذ القیمه فی ذلک الوقت.

و علی کل حال فضعفه واضح، و

خبر سماعه(۱)«سأل أبا عبد اللّٰه علیه السلام عن رجل لی علیه مال فغاب عنی، فرأیته یطوف حول

الکعبه، فأتقاضاه؟ فقال له لا تسلم علیه و لا ترعه حتی یخرج من الحرم»

مع أنه لم یعلم کونه قرضا أو غیره، إنما هو مساق لبیان حرمه الحرم، علی أن له المطالبه فی غیر ذلک المکان، بالتأدیه فی بلد القرض، و ربما کان هاربا منه. فتأمل.

و إن کان الطعام غصبا و قد تلف فعن المبسوط و القاضی أنه لم یجب علیه دفع المثل لو طالبه به فی غیر بلد الغصب و إن لم یکن فیه مانع السلم جاز له دفع القیمه بسعر العراق مثلا لا القیمه وقت الإعواز، بل یجبر علیها مع المطالبه و فیه أن الأشبه

بعموم «من أتلف»(۲)

و «علی الید»(۳)

و غیرهما، جواز مطالبه الغاصب بالمثل حیث کان و إن تعذر فلیطالبه بالقیمه الحاضره عند الإعواز (۱۱) لأنه وقت الانتقال إلیها، فما فی المختلف- من أنه یجبر علی دفع المثل فان تعذر فقیمه بلد الغصب، نحو ما سمعته عن المبسوط فی القیمه، لأنه غصبه هناک،

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۶ من أبواب الدین الحدیث ۱.

۲- ۲ قاعده مستفاده من مضامین الاخبار و من أراد الاطلاع علی مدارکها فلیراجع القواعد الفقهیه ج ۲ للسید البجنوردی.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰ و کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

فإذا تعذر المثل وجب عليه قيمته فيه- كما ترى.

[المسأله السادسه لو اشترى عينا بعين و قبض أحدهما ثم باع ما قبضه و تلفت العين الأخرى فی يد بائعها بطل البيع الأول]

المسأله السادسه: لو اشترى عينا بعين، و قبض أحدهما ثم باع ما قبضه و تلفت العين الأخرى فی يد بائعها بعد البيع الثانی بطل البيع الأول من حينه، لحصول التلف قبل القبض و لا سبيل إلى إعاده ما بيع ثانيا لوقوعه مصادفا للملك ضروره كون الفسخ بالتلف من حينه بل يلزم البائع قيمته لصاحبه إن كان قيميا، كما لو كان تالفا، بل الظاهر عدم وجوب فسخ البيع الثانی عليه لو كان له خيار مثلا، مع احتماله كالهبه قبل التصرف، و على الأول، فلو فسخ بعد دفع القيمه أو قبلها، ففی وجوب دفع العين عليه وجه قوی، لأنه و إن كان للفسخ مدخل فی الملك من حينه، إلا أن المملك الأول له قد انفسخ، ففسخ العقد الثانی يرجعه على مقتضى العقد الأول الذی فرضنا انفساخه، فيعود الملك إلى مالكه الأول بمجرد فسخ العقد.

نعم لو كان انتقاله إليه بعقد جديد كهبه و نحوها، اتجه عدم وجوب دفع العين عليه، و يحتمل عدم الوجوب خصوصا لو كان قد دفع القيمه التی هی بمنزله العوض عنه، بل و إن لم يدفعها، بناء على أن دخوله فی الملك بالفسخ بمنزله الملك الجديد. فتأمل جيدا و كيف كان فهل المعتبر قيمته يوم البيع، أو يوم تلف العين الأخرى؟ يحتمل الأول، لأنه وقت تعذر المثل، و الثانی لأن القيمه حينئذ لم تكن لازمه للبائع، و إنما لزمت بتلف العين الأخرى، الموجب لبطلان العين، و هو الأجود، و لو جهل تاريخ كل من البيع الثانی، و التلف، اتجه البطلان، بناء على أن مقتضى تعارض الأصلين الاقتران الذی لا ريب فی البطلان مع تحققه، و أما إذا قلنا بعدم الاقتران، و أن الأصل يقتضی عدمه أيضا، فيمكن الصحه تمسكا بأصالتها الناشئه من إطلاقات البيع و عموماته فتأمل. و اللّه أعلم.

[النظر الرابع فی اختلاف المتبایعین]

اشاره

النظر الرابع: فی اختلاف المتبایعین لکن ینبغی أن یعلم أولا أنه إذا عین المتبایعان نقدا مخصوصا أو عروضا کذلک وجب الوفاء بما عیناه فی العقـد و إن أطلقا النقـد مثلا، و کانا من أهل بلاد واحـده انصـرف إلی نقد البلد ف إن لم یکن فیه إلا نقد واحد أو کان فیه نقد غالب صح قطعا، إذا وقع العقد فی بلدهما المنصـرف فیه إلیه، ضـروره کون الانصراف من التعیین، بل و إن کانا فی غیره، ترجیحـا لعرف المخاطبین علی مکان الخطاب، و لو انضم عرف بلـد العقـد إلی أحـدهما دون الأخر، أمکن ترجیحه علیه، سیما إذا کان البائع الـذی یمکنه ترجیـح عرفه علی المشتری إذا وقع العقـد فی محل لا یعضد أحدهما، لأن ابتداء الخطاب منه و المشتری قابل للمراد من خطابه علی الظاهر و احتمال- الخروج عن عرفهما معا، لاختلافه، و الرجوع إلی بلـد العقـد إذا فرض فیه نقـد غـالب- ضـعیف، و قـد تحقق فی الأـصول فی بحث تقـدیم عرف المخـاطب علی المتکلم أو العکس، ما یشـهد للمقام فی الجمله، و إن کـان یمکن الفرق بینهمـا، و لـذا کـان الأـولی التعیین فی المقـام المقصود منه ذکر ما یرتفع به النزاع و الشـقاق فی جمیع صور الاختلاف المزبوره، و لا ینبغی الاعتماد علی مطلق الظن فیه.

و کیف کان ف إ ن لا یحصل تعیین و لا غلبه و نحوهما مما یکفی، فیه کان البیع باطلا (۱۱) للجهاله إلا إذا علم کل منهما قصد الأـخر فـإنه یکفی، إذ احتمـال الـذکر تعبـدا لقطع النزاع ضـعیف، و أضـعف منه ما عن الأردبیلی من احتمال الصـحه إذا تساوت النقود، إن لم یکن خلاـف الإجمـاع، مع أنه لم نجـده لغیره، و خلاـف علم الهـدی و الشـیخ فیمـا حکی عنهمـا فی المشاهـده و کفایتها مقام آخر، کالمحکی

عن ابى على من تجويزه البيع بسعر ما باع، و دعوى الملازمه يمكن منعها، فانحصر التأمل فيه، مع احتمال أن يريد ما يحكى عن بعضهم من صحه البيع إذا تعددت النقود، و تساوت فى القدر و القيمه و الماليه، و إن اختلفت الافراد بحسب الرغبه، فإن القول به حينئذ لا يخلو من قوه إن لم يؤد التفاوت إلى الغرر و الجهاله و النزاع و المشاجره، و لم يعلق البيع بالمشترک اللفظى. مريدا به مفهوم أحدهما على جهه الترديد لعدم معقوليه الملک على هذا الوجه، و من ذلک کله يعلم الحال فى الذرع و الكيل و كذا الوزن و لو تعارف ذرع غير بلد العقد فيها، أو وزنها، أو كيلها لمبيع خاص، انصرف اليه فيها من العالم بالحال، و إلا بطل العقد مع اختلاف القصد، و يقدم قوله فى الجهل بذلک، إذا لم يكن هناک ظاهر ينفيه، و إلا تعارض الأصل و الظاهر.

و كيف كان ف إن اختلفا أى المتبايعان فهيهنا مسائل:

[المسأله الأولى إذا اختلفا فى قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه]

الأولى:

إذا اختلفا فى قدر الثمن سواء كان فى الذمه، أو معينا فى وجه تسمعه إنشاء الله تعالى، ف ادعى البائع زيادته، و المشترى عدمها، كان القول: قول البائع مع يمينه إن كان المبيع باقيا، و قول المشترى مع يمينه إذا كان تالفا على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه بل عن ظاهر الغنيه و كشف الرموز الإجماع عليه، بل هو صريح محكى الخلاف، و آخر مبحث الشرائط من السرائر، و إن أنكره فى موضع آخر منها غايه الإنكار، لكن عن كشف الرموز أن المناقضه منه ليس ببدع، و يدل عليه مضافا إلى ذلک،

مرسل البزنطى (۱)الذى رواه المشايخ الثلاثه عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يبيع الشى ء فيقول المشترى: هو بكذا و كذا، بأقل مما قاله البائع، القول قول البائع إذا كان الشى ء قائما بعينه، مع يمينه»

المنجبر بما سمعت، بل عن إيضاح النافع أن الروايه مقبوله عند أهل الحديث.

و عن الكفايه أنها مشهوره و متكرره فى الكتب معمول بها بين الأصحاب، مع

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱- ۲.

ما عن عـده الشـيخ من أن البزنطی لا يروی إلا عن ثقه، و كشف الرموز أن الأصـحاب عملوا بمراسـيل البزنطی، و الروايه مقبوله عند أهل الحديث، فلا مناص عن العمل بها منطوقا و مفهوما؛ خصوصا بعد تأيدها فی الجمله، بإطلاق

الصحيح (۱)«فإن اختلفا فالقول قول رب السلعه أو يتتاركا»

الظاهر فی بقاء العين أيضا، و

النبوی (۲)«إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، و المبتاع بالخيار»

و بمـا أرسـله فی الخلاـف من أخبـار الفرقه، و المنـاقشه فی مفهومه- بـأنه أعم من كون القول قول المشـتری مع التلف، لإمكـان التحالف- يـدفعها بعد أن كان دعوی أنه خلاف المنساق الإجماع المركب إن لم نقل انه مقتضـی الأصل، و إلا كنا فی غنيه عن المفهوم كما أنا فی غنيه بما عرفت من الخبر المنجبر بالعمل، عن تكلف جريان ذلك علی القواعـد بوجوه تصـلح مؤيـده للدليل لا دليلا، لوضوح عدم تماميتها، كما لا يخفی علی من لاحظها.

و من ذلك ظهر لك أن ما عن الإسكافی- من تقديم قول البائع إن كانت فی يده لكن

للمشتری الخيار، و قول المشتری إن كان العكس، أو أحدث بها حدثا إذ هو يؤيد أيضا، و ربما حكی عن أبی الصلاح و إن كنا لم نتحققه، بـل لعل المحقق خلافه- فی غايه الضـعف لما عرفت علی أنه مع قطع النظر عنه غير موافق للضوابط، و إن احتجوا له، بـأنه إذا كـان فی يـد البـائع، فـالمشتری يريـد انتزاعه من يـده، فـالقول قوله، بخلاف ما لو كان فی يـد المشتری، فان البائع حينئذ يـدعی زياده علی ما أقر به المشتری، و الأصل عـدمها، لكنه كما تری، ضـروره عـدم أثر ليـد البائع بعـد اعترافه بأنها يـد أمانه، و المشتری بعد اعترافه بأنها مبنيه علی يد البائع، و كذا ما عن بعضهم- من أن القول قول المشتری بيمينه، لانه منكر للزياده المدعاه بعد اعتراف البائع بأن العين ملكه، فهو كمن ادعی عليه بماءه مثلا فاعترف بخمسين، إلا أنه لم نعرف قائله، قبل الفاضل

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب أحكام العقود الحديث ۱- ۲.

۲- ۲ سنن البيهقی ح ۵ ص ۳۳۲.

فی المختلف، بل فی المسالک «لم یذکره أحد من أصحابنا فی کتب الخلاف، و ذکره العلامه فی القواعد احتمالا، و حکاه فی التذکره عن بعض العامه و قواه، لکن الذی یظهر أنه أقوی الأقوال إن لم یتعین، العمل بالأول نظرا إلی

الخبر و الإجماع، غیر أن فیهما ما قد عرفت» قلت: بل إلیه یرجع ما فی المختلف و إن أطال فیه إلا أنه لا یخفی علیک ضعفه فی خصوص المقام لما سمعت.

نعم لا بأس به فی غیره لو أبرزت الدعوی باشتغال الذمه بالزائد و إنکاره، أما لو أبرزت فی تشخیص سبب الشغل بحیث یکون الاستحقاق تبعیا، فقد یمنع تقدیم قول المشتری فیه ضروره کون کل منهما مدعیا و منکرا، ففی المقام مثلا یدعی البائع أن ما وقع ثمنا فی عقد البیع المخصوص ماءه و المشتری خمسون، فنزاعهما فی تشخیص العقد المشخص فی الواقع، و لا ریب فی کون کل منهما مدعیا فیه و منکرا، و لعله لذا احتمل التحالف الفاضل فی کثیر من کتبه، بل عن ولده أنه صححه، و الشهید الأول اختاره فی قواعده، و إن نسبه فی دروسه إلی الندره.

بل مال إلیه هنا فی جامع المقاصد قال ما حاصله: إن البائع لما لم یکن اعترافه بالملک مطلقا، بل کان علی وجه إن ثبت، ثبت به الثمن المخصوص، کان منکرا لما یدعیه المشتری أیضا، و مدعیا علیه ثمنا مخصوصا اقتضاه عقد آخر، و المشتری ینکره و یدعی علیه ثمنا مخصوصا اقتضاه عقد آخر، فلا قدر مشترک بینهما محقق قد اتفقا علیه، کی تتوجه الدعوی حینئذ إلی الزائد علیه و ینتفی التحالف الذی ضابطه تنافی الدعویین، و جمع الدعویین؛ و إثبات ما اتفقا علیه و أقر به المشتری للبائع، فیبقی الزائد الذی ینکره المشتری فیقدم قوله بیمینه- لا وجه له؛ بعد ما عرفت من تشخیص کل من الدعویین بما ینافی الأخری، و صیرورتهما به بمنزله دعوی کل منهما عقدا غیر عقد الأخر التی لا ریب فی التحالف فیها، کما لو قال المالک: آجرتک العین، فأنکر الأخر و قال بعتنیها أو بالعکس، و لا وجه لاحتمال کون القول قول منکر دخول ملک العین لاتفاقهما علی ملک المنفعه، فیکون النزاع فی الزائد، فالقول قول منکره کما لا یخفی،

و من ذلـک یعلم أن الوجه التحـالف فیمـا لو قال: و هبتنی، فقال: بل بعته بألف، کما جزم به فی التـذکره، و إن کان فی القواعد احتمله و تقـدیم قول مـدعی الهبه مع الیمین، و فی جـامع المقاصـد لاـ ریب فی أرجحیه التحالف، إلا أن المتجه طرده فی جمیع المسائل أی التی منها ما فی.

[المسأله الثانیه و هی ما لو اختلفا فی تأخیر الثمن و تعجیله فالقول قول البائع مع یمینه]

المسـأله الثـانیه: و هی مـا لو اختلفا فی تأخیر الثمن و تعجیله، أو فی قـدر الأجل، أو فی اشتراطه الرهن من البائع علی الـدرک أو ضمین عنه فـإن الجمیع متحـده فی المـدرک إلاـ أن المصـنف و غیره حکموا ف یهـا بأن القول قول البائع مع یمینه و قـد عرفت اختلاف إبراز الدعوی، فقد تبرز علی وجه التحالف، أو إنکار البائع أو المشتری، فتأمل جیدا.

بل قـد یقال: إن القول قول مـدعی الأقل علی أی حال أبرزت الـدعوی، إذا کان المراد اشـتغال الذمه بالأکثر، ضـروره أن أقصاه الاختلاـف فی السببین، أی السبب الموجب للأقـل، و السـبب الموجب للأـکثر، و لاـ ریب فی موافقه الأصـل للأول، فیکون هو المنکر و من هنـا أفتی به الأصـحاب من غیر خلاـف یعتـد به فی سائر المقامات، حتی فی الجنایات الموجبه للمال، لو وقع النزاع فی السبب الموجب للأقل منها أو الأکثر فلاحظ و تأمل فإن ذلک هو التحقیق فی المسأله، بل هو الذی یوافق صدق المدعی فیها عرفا.

و کیف کان فمحل البحث و ثمرته فی أصل المسأله إنما هو إذا لم ینفسـخ العقـد ضـروره، أنه معه- بإقاله أو فسخ بأحد وجوهه أو بتلف قبل القبض- لا یظهر للنزاع ثمره إن لم یکن البائع قبض الثمن، بل و إن کان قـد قبضه إذ هو حینئـذ کالدین فی ذمته أو الأمـانه عنـده، فیقـدم قوله فی قـدره فیه بلا خلاف أجـده هنا، و إن کان یمکن فرض صوره للنزاع بحیث تأتی الوجوه السابقه أو بعضـها، إلاـ أنهـا خارجه عن البحث، کخروج فرض النزاع فی تعیین الثمن أنه العبـد أو الجاریه عنه أیضا ضـروره تعین التحالف فیه، بل لفظ القدر و نحوه فی النص (۱)و الفتوی ظاهر فی خلافه، و من هنا خص بعضهم

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۱ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱- ۲.

محل البحث بما إذا كان فى الذمه، و ان كان قد يناقش فيه بأعميه ذلك من المطلوب، إذ يمكن فرضه فى الذمه مع وقوع الاختلاف فى تعيينه، بحيث يتعين التحالف فيه، و بأنه

يمكن فرضه فى المعين أيضا مع فرض الاختلاف فى القدر، كما لو قال بعتك بهذين الدينارين أو الثوبين مثلا فقال: بل أحدهما معينا، فان الحكم فيه كالذمه فى جريان ما سمعت و منه يظهر رجوع تفصيل المختلف إلى ما فى التذكره كما عرفت فلاحظ و تأمل، لكن الإنصاف ان المتجه فى هذا الفرض ما تقتضيه الأصول، لعد اندراجه فى المنساق من النص و الفتوى، كما ان المنساق منهما أيضا اعتبار قيام العين فى يد المشترى فى تقديم قول البائع، فلو انتقلت عنه انتقالا لازما كالعتق و البيع و الوقف و نحوها، لم يكن القول قوله، ضروره كون المفهوم حينئذ بناء على ما ذكرنا عدم اعتبار قوله إذا لم تكن العين قائمه فى يد المشترى؛ فيندرج فيه الفرض لذلك، لا لان الانتقال اللازم تلف حكمى، حتى يرد عليه منع كونه كذلك، و إن من الجائز كون العله، التلف الحقيقى الذى يمتنع معه الرجوع إلى العين فى اعتبار ما يدعيه؛ من ان الحكم إنما تعلق فى تقديم قول البائع على قيام العين من غير اعتبار بالعله، و هو متحقق مع انتقالها عن ملكه بأى وجه فرض.

لكن قد عرفت اندفاع ذلك كله، بناء على ما ذكرنا، بل منه يظهر الحال فى غير اللازم من الانتقال كالبيع فى زمن الخيار و نحوه نعم لو كان قد فسخ قبل التنازع اتجه حينئذ تقديم قول البائع، لصدق القيام فى يده، أما مع عدمه فالمتجه ما ذكرناه اقتصارا على المتيقن فيما خالف الأصل، و لذا كان المتجه كما فى المسالك فيما لو تلف بعض المبيع تنزيله منزله تلف المجموع، لا بقاؤه، و لا إلحاق كل جزء بأصله، و يؤيده عدم صدق قيام عين المبيع الذى هو مناط تقديم قول البائع.

و لو امتزج المبيع بغيره فإن بقى التميز، فعينه قائمه، و إن لم يتميز ففى المسالك احتمل بقاؤه كذلك لانه موجود فى نفسه، و إنما عرض له عدم التميز من

غیره، و المفهوم من قیام عینه وجوده، خصوصا عند من جعل التلف فی مقابلته، فإنه لیس بتالف قطعا، و فیه أن المنساق من القیام غیره مما یظهر عینه للحس و یمکن إرجاعه، فالمتجه الاقتصار علیه، هذا مع مزجه بجنسه بحیث لا یخرج به إلی حقیقه أخری، کالزیت یخلط بمثله، و النوع الواحد من الحنطه بمثله. أما لو خلط بغیر جنسه بحیث صارا حقیقه أخری کالزیت یعمل صابونا، فإنه حینئذ بمنزله التالف.

و الله أعلم.

[المسأله الثالثه لو اختلفا فی قدر المبیع فقال البائع بعتک ثوبا بدرهم فقال بل ثوبین فالقول قول البائع مع یمینه]

المسأله الثالثه: لو اختلفا فی قدر المبیع فقال البائع بعتک ثوبا بدرهم مثلا فقال المشتری بل ثوبین أو قال البائع: هذا الثوب بکذا، و قال المشتری: ذلک مع ثوب آخر معین به فالقول: قول البائع أیضا لأصاله عدم انتقال غیر ما اعترف به، و لذا کان القول قول المشتری فی قله الثمن، و البائع فی کثرته عند من عرفت لو لا الخبر المزبور(۱)المفقود فی الفرض، و التحقیق إتیان البحث السابق هنا إذ لا نص فی المقام یعارض ما یقتضیه الأصل، فیبقی البحث فی تعیین مقتضاه من تقدیم مدعی الأقل أو التحالف أو غیرهما، و قد تقدم الکلام فیه مفصلا.

نعم هذا إذا کان الاختلاف فی المبیع من حیث القدر ف أما إذا کان من حیث التعیین کما لو قال البائع بعتک هذا الثوب بکذا فقال المشتری بل هذا فهنا دعویان لا قدر مشترک بینهما فیتحالفان (۱۱) علی نفی کل من قولهما و یبطل دعواهما (۱۲) لحصول ضابط التحالف: و یترادان، کما فی

النبوی (۲)«المتبایعان إذ اختلفا، تحالفا و ترادا»

و کذا لو نکلا معا و یبتدء بالیمین من ادعی علیه أولا، کما فی المسالک فی نحو ذلک، بل هو مقرب التذکره، و نفی عنه البعد فی جامع المقاصد، و لو تساویا فی إبراز الدعوی، فإن قلنا بتقدیم من کان علی یمین صاحبه،

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱- ۲.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۵ ص ۳۳۳.

اتجه، حينئذ اليمين على الآخر، و إلا فالقرعه، لكن فى الدروس البادى باليمين من يتفقان عليه فان اختلفا عين الحاكم، و فى القواعد فى نحو المقام احتمال استحباب

تقديم البائع، و المشترى، و التساوى فيقرع، و لعل ما ذكرناه أولى.

و على كل حال فالظاهر أن اليمين على النفى لا جامعه بينه و بين الإثبات، و إن احتمله فى القواعد، و وجه بأنه أفصل للحكم و أسهل للحاكم، إذ قد ينكل أحدهما فيغنى عن ردها تلك اليمين، مضافا إلى ما ورد من النهى عن تكرارها(۱)و فيه ان يمين الإثبات بعد النكول فلا تتقدم عليه كى تجدى فى السقوط عند التوجه.

و على كل حال فإذا حلفا سقطت الدعويان عندنا كما فى التذكره قال: «كما لو ادعى على الغير بيع شى ء أو شرائه، فأنكر و حلف، سقطت الدعوى، و كان الملك باقيا على حاله، و لم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه، و من ذلك نسب إليه فى المسالك القول بالبطلان من الأصل بعد التحالف، و أنه ينزل البيع منزله المعدوم، خلاف ما اختاره فى القواعد و الدروس، من أنه حين التحالف، أو الفسخ، لا من الأصل.

و كيف كان فيشكل باتفاقهم على وقوع عقد ناقل للثمن أو المثمن، و إن اختلفا فى تعيين الأخر منهما، و من هنا اتجه جعل البطلان من الحين فى المتفق عليه ثمنا أو مثمنا، و أما المختلف فيه منهما فالمتجه فيه ما ذكره من البقاء على الملك و حينئذ فكل من إطلاقه فى التذكره و القواعد غير جيد، و تظهر فائده القولين فى النماء، و فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين بعقد لازم كالبيع و شبهه، أو الخروج عن الملك

بعتق أو وقف و نحوهما، فعلى الأول يبطل العقود و غيرها، و يرجع العين إلى صاحبها و به قطع فى التذكره تفريعا على أصله، و على الثانى يرجع إلى القيمه يوم الانتقال، و به قطع فى القواعد تفريعا على أصله، و أما التلف فيرجع معه بالقيمه.

و على كل حال و لعل الذى ألجأ الفاضل فى التذكره إلى ذلك، هو تلازم حال

۱- ۱ المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹.

الثمن و المثمن، فإذا فرض أن أحدهما باق على حكم الملك، كان الآخر كذلك، و يدفعه جواز اختلافهما فى الحكم الظاهرى، و إن تلازما فى الحكم الواقعى، و كيف كان فالمراد من البطلان من الأصل أو من الحين، هو جريان حكم ذلك عليه، و أنه يكون حينئذ بمنزله ما لم يجر عليه العقد، لا أنه كذلك حقيقه، و لكن قال فى المسالك بعد البحث فى ذلك: «الظاهر أن العقد يبطل بمجرد التحالف و إن لم يفسخه فاسخ و به قطع فى التذكره محتجا بما تقدم، من أن يمين كل منهما يسقط دعوى الأخر، فيكون الملك باقيا على حاله، و لم يحكم بثبوت عقد، حتى يحكم بانفساخه و هذا على القول ببطلانه من أصله، و أما على القول ببطلانه من حينه، فالظاهر أنه كذلك، لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه، فينفسخ حينئذ، و لأن إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر، و على وفق أحدهما تحكم، و هو ظاهر فتوى القواعد» قلت:

ذلك كله لا يقتضى الانفساخ باطنا للعقد اللازم الذى أقرا به و توافقا عليه، و تعذر تسليم الثمن أو المثمن ظاهرا أخيرا لا يقضى به.

نعم قد يقال: بتسلط المحق منهما على الخيار فى وجه تسمعه إنشاء الله تعالى و مما يؤيد ذلک ما ذكر فى التذكره و غيرها قال فيما نحن فيه: «إذا حلف البائع على نفى ما يدعيه المشترى بقى على ملكه، فان كان فى يده، و إلا انتزعه من المشترى، و إذا حلف المشترى على نفى ما يدعيه البائع، و كان الثوب فى يده، لم يكن للبائع مطالبته به لانه لا يدعيه، و إن كان فى يد البائع لم يكن له التصرف فيه، لانه معترف بأنه للمشترى، و له ثمنه فى ذمته فإن كان قد قبض الثمن رده على المشترى و له أخذ الثوب قصاصا، كما أن له ذلك أيضا إذا لم يكن قد قبض الثمن، فان زادت قيمته فهو مال لا يدعيه أحد» و هو كالصريح فى خلاف ذلك كله، ضروره أنه لا وجه للمقاصه مع فرض الانفساخ، و ظاهر الدروس التردد، فى ذلك، كالمحكى عن الشافعى قال: «إذا حلفا أو نكلا احتمل أن ينفسخ العقد إذ إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر، و على وفق أحدهما تحكم، أى فيكون ذلك بمنزله عدم وقوع البيع على أحدهما واقعا، تنزيلا للظاهر منزله الواقع، كما هو مقتضى

قوله صلى الله عليه و آله «ترادا»، و يحتمل أن يتزلزل فيفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الأخر، أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما و امتنعا من فسخه، لئلا يطول النزاع» إلى أن قال: «ثم إن توافقا على الفسخ، أو فسخه الحاكم، انفسخ ظاهرا و باطنا، و إن بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك، و إلا انفسخ ظاهرا» قلت: لا ريب أن المتجه على مقتضى الضوابط الشرعيه عدم الانفساخ بالتحالف بل و لا يتسلط الحاكم على ذلك. نعم إن توافقا عليه، و إلا فالظاهر انحصار الخيار فى المحق على إشكال فى بعض الأحوال؛ و هو حال ما بعد القبض، بل قد يقوى عدمه.

فيتجه حينئذ المقاصه على أحكامها، هذا كله بحسب الواقع، و الا فالحكم الظاهرى قد عرفت الحال فيه.

نعم قد يقال: إن للغير التصرف فى كل من الثوبين مثلا و شرائهما، بل و الثمن الذى يرجع إلى المشترى منهما أيضا و إن علم ان الواقع ينافى ذلك، إلا ان الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم فى المنع عن العمل بما يقتضيه الحكم فى الظاهر، و له نظائر كثيره فى الفقه، منها- العين المقسومه بين اثنين، لتعارض البينتين مثلا. بل و مع العلم بأنها لواحد منهما، إذا لم نقل بالقرعه. فإن للغير شراء الجميع من كل واحد منهما و إن علم أن أحدهما غير مالك للنصف، إجراء للحكم الظاهرى، بل إن لم يكن إجماع جرى مثله فى النكاح لو فرض التداعى بين السيد مثلا و آخر فى تزويج أمته، فقال السيد: هذه و قال الأخر: بل هذه، و تحالفا، فإن للغير التزويج بهما، و إن علم أن إحداهما ذات زوج عملا بالحكم الظاهرى.

و كيف كان فلا ينبغى منع كل واحد منهما من التصرف فيما وصل إليه بعد التنازع. و إن تردد فيه فى الدروس من قيام الملك و توقع زواله، فهو كالزائل قال:

«و أولى بعدم الجواز بعد التحالف، لتأكد سبب الزوال» و فيه ما عرفت، اللهم إلا أن يريد بحسب ظاهر الحال؛ و قلنا: بعدم الحاجه إلى حكم الحاكم بعد التحالف و إلا فلو تصرف المحق منهما فيما له على وجه لا يكون فيه هتك للحكم الظاهرى أمكن القول بالجواز، للعمومات التى لا ينافيها ذهاب اليمين بما فيها فى الظاهر.

نعم لو قلنـا بالانفسـاخ منعـا قطعـا، كمـا أنه مما قـد منا يظهر لك الحال فيما ذكره فيها أيضا من أنه لو تحالفا بعـد هلاك العين، ضمن مثلهـا أو قيمتهـا يوم الهلاـك على الأقرب و لو عابت فأرشـها، و لو أبق فالقيمه للحيلوله، ثم يترادان إذا عاد، و إن رهن أو آجر أو كوتب فـالعقود بـاقيه، و ينتقـل إلى القيمه فى الكتـابه، و فى الرهن و الإجاره وجهان، مبنيان على الحمل على الكتابه، أو الإباق، و لو رضى صاحب العين بتأخير الأخذ إلى فك الرهن، أو فراغ الإجاره، احتمل إجابته إن تسلم العين أو أسقط الضمان و جوزنـاه و الاـ لم يجب و فى المسالـك «أنه لو وجـد العين أى التى وقع التحـالف على ثمنهـا مسـتأجره أو مرهونه، انتظر انقضـاء المـده أو الفلك، و فى تخيره بينه و بين القيمه معجله، وجه» و فى القواعـد «لو كان المبيع أى الذى اختلف فى ثمنه تالفا وجبت القيمه عنـد التحـالف يـوم التلـف، و يحتمـل يوم القبض، و لو تلف بعضه أو تعيب، أو كـاتبه المشـترى أو رهنه أو أبق أو آجره، رجع بقيمه التالف و أرش المعيب و قيمه المكاتب و المرهون و الآبق و المسـتأجر، و للبائع استرجاع المسـتأجر، لكنه يترك عند المسـتأجر مـده الإجاره و الأجره المسـماه للمشترى، و عليه أجره المثل للبائع، و لو زالت الموانع- بأن عاد الآبق أو فك أو بطلت الكتابه بعد دفع القيمه،- فالأقرب عود ملك البائع إلى العين، فيسترد المشترى القيمه» و بعض ما ذكره لا يخلو من بحث، كما أن ما ذكره فيها من أنه لو اختلفا فى قيمه التالف بعـد التحالف رجعا إلى قيمه مثله موصوفا بصـفاته. فإن اختلفا فى الصـفه قـدم قول المشترى مع يمينه، أى إن كان هو المنكر كـذلك أيضا؛ بل فى المسالك «أنه قد أغرب فى ذلك و هو بأصول العامه أليق، نظرا إلى أن الوصف تفيد أهل الخبره الظن بالقيمه، فيكون مناسـبا لرفع النزاع» قلت: لا ريب أن المتجه على أصولنا كما فى الغصب و غيره تقديم منكر الزياده، لعموم

قوله «و اليمين على من أنكر»(۱)

و لأن للأعيان خصوصيات لا تعرف إلا بالمشاهده،

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۵ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث ۳.

و لا تفی الأوصاف بالقیمه کما هو واضح.

ثم إن الظاهر جریان التحالف فی زمن الخیار المشترک، و احتمل فی الدروس عدمه، لأنهما یملکان الفسخ، لکن استوجه الأول ما لم یفسخ أحدهما، قال: «و الغرض من الیمین نکول الکاذب، و دوام العقد بإحلاف الصادق، فان حلفا فالفسخ أمر ضروری، شرع لتعذر إمضاء العقد، و علیه یتفرع التحالف فی المضاربه، و یجری التحالف فی سائر العقود الجاریه علی هذا النمط، و تنقیح هذه المباحث محتاج إلی إطناب تام.

فلعل الله یوفق له» و لو اختلف ورثه البائع و ورثه المشتری فی القدر کان القول: قول ورثه البائع فی المبیع و ورثه المشتری فی الثمن و إن کانت عین المبیع قائمه لما عرفت من کون القول: قول مدعی الأقل فی الثمن و المثمن، خرج من ذلک للنص و الفتوی صوره ما لو کان النزاع بین البائع نفسه و المشتری کذلک مع قیام عین المبیع، دون غیرها من الصور التی منها محل البحث، حتی صوره النزاع بین أحدهما و وارث الأخر، و دعوی أن کل ما کان للمورث ینتقل للوارث مسلمه فی المال و الحقوق التی تنتقل، بخلاف محل الفرض الذی هو من الاحکام لا من الحقوق، فما عن جماعه من أن حکم الوارث حکم المورث مطلقا فی غیر محله، و إن استحسنه فی المسالک. و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا قال البائع بعتک بعبد فقال المشتری بل بحر فالقول قول من یدعی صحه العقد بیمینه]

المسأله الرابعه إذا قال البائع مثلا بعتک مالی بعبد و شبهه مما یصح ثمنا فقال المشتری بل بحر أو قال بخل فقال: بل بخمر أو نحو ذلک مما لا یصح ثمنا أو قال البائع مثلا فسخت قبل التفرق و أنکر الأخر، فالقول: قول من یدعی صحه العقد و بقاؤها بیمینه (۱۱) للأصل: بمعنی الظاهر، أو القاعده، أو الاستصحاب؛ و (۱۲) حینئذ فیکون علی الأخر البینه (۱۳) بلا خلاف معتد به أجده، لکن فی الکفایه فیه نظر، و لعله لأعمیه أصاله الصحه من کون المبیع عبدا، و

لأصاله عدم العقد الصحيح، فيكون كإنكار البيع، و لأن أصاله صحه العقد إنما هى بعد استكمال أركان العقد ليتحقق وجوده، أما قبلها فلا وجود له، و الشك فى المثال إنما هو فى المعقود عليه الذى هو أحد أركان العقد، و فيه إن ذلك من توابع العقد الصحيح الذى شخصه الأصل فى المقام، فهو فى الحقيقه من لوازم خصوص هذا العقد من البيع لا مطلق عقده، و من الواضح الفرق بين المقام المعلوم وقوع العقد فيه، و بين إنكار البيع فلا يقاس أحدهما على الأخر و العقد للأعم من الصحيح و الفاسد، فتحققه لا يتوقف صدقه على كون المعقود عليه مما يصح العقد عليه، و إنما يتوقف عليه الصحيح منه لا أصله، فمع التنازع فيه كما فى المثال لا إشكال فى جريانها كما هو واضح بأدنى تأمل.

و من ذلك يعلم ما فى الحواشى المنسوبه للشهيد على القواعد قال فى الشرح نحو المتن: «هذا مخالف لما قاله الأصحاب و المصنف، من قبول قول المشترى فى مثل ذلك و إنما هذا من فروع المخالفين، حتى لو أراد دعوى الفسخ؛ إذ الفاضل و المصنف و غيره قدموا قول منكره للأصل، و إن كان قد احتمل فى القواعد فى بحث خيار المجلس تقديم قوله، لأنه أعرف بنيته، و لا ريب فى ضعفه بعد حمل النيه فى كلامه على الفعل، بقرينه وضوح عدم مدخليه النيه».

و كيف كان فالتحقيق ما عرفت نعم قد يتجه تقديم مدعى الفساد لو كان الاختلاف فى حريه المعين ثمنا أو مثمنا و رقيته، و لم يكن سبيل إلى معرفتها، فإن أصل الصحه لا يشخص الرقيه هنا قطعا، و كذلك الخليه و الخمريه، فيبقى أصل عدم النقل و أصل البراءه معاضدا لمدعى الفساد، فيكون القول: قوله بيمينه، و لعل هذا هو مراد ثانى الشهيدين فى مسالكه، قال: «و ربما يستشكل الحكم مع التعيين، كبعتك بهذا العبد، فيقول: بل بهذا الحر، فإن منكر نقل العبد إن كان هو المشترى فهو ينفى ثبوت الثمن فى ذمته و إن كان هو البائع فهو ينفى انتقال عبده عنه، فالأصل معهما فى الموضعين،

و لانه يرجع إلى إنكار البيع، فيقدم قول منكره».

نعم لـو لـم يعينـا فى الصـورتين تـوجه مـا ذكر و إن كـان لاـ يخلو من بعـد، إلاـ أنه أولى من حمله على إراده الفرق بين الكلى و المعين، و لو مع اختلاف المتبايعين فيه، بأن قال البائع مثلا: بعتك بهـذا العبد مشـيرا إلى معلوم العبوديه، و قال المشترى: بل بهذا الحر مشيرا أيضا إلى معلوم الحريه، لعدم ما يصلح فارقا كما هو واضح بأدنى تأمل.

و لو قال البائع مثلا: بعتك و أنا صبى فأنكر المشترى و قال: بعتنى و أنت بالغ ففى القواعد «احتمل تقديم قول مدعى الصـحه مع يمينه، و تقـديم قول البـائع، لأصـاله البقـاء» ثم قـال: «و لو قـال: كنت مجنونـا و لـم يعلم له سـبقه، قـدم قول المشـترى بيمينه و الا فكالصبى» و ظاهره التوقف، كالتـذكره و التحرير، و الـدروس فى المقام و الإقرار، و إقرار جامع المقاصد بل فى إقرار الثانى «أن الصبى يحلف» لكن فى الجـامع هنـا «أن الاحتمال الثانى فى غايه الضـعف، لأن أصاله البقاء منـدفعه بالإقرار بالبيع المحمول على البيع الصـحيح شرعا، فإن صـحته تقتضى عدم بقاء الصبوه فلا يعد معارضا، كما لا يعد احتمال الفساد معارضا لأصاله الصحه فى مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع، فإن قلت: أصلان قد تعارضا، للقطع بثبوت وصف الصبوه سابقا قلت:

قـد انقطع هـذا الأصـل بالاـعتراف بصـدور البيع المحمول على الصـحيح، كمـا يحكم بانقطاع أصاله بقاء ملك البائع، بالاعتراف بصـدور البيع لو اختلفـا فى صـحته و فسـاده، و لو ثبت فى هـذه المسأله تعارض الأصـلين، لثبت تعارضـهما فيما لو قال: تبايعنا؛ و ادعى أحـدهما الفساد، و الفرق غير واضـح، و كون الصـبوه مسـتمره لا دخل له فى الفرق» ثم قال فى شـرح قوله و لو قال: كنت مجنونـا إلى آخره: «أى فيجى ء فيه احتمـال تقـدم جـانب الصـحه، لأنهـا الأصـل، و الفساد لأصاله بقاء مقتضـيه، و ليس بشـى ء؛ لانقطاع هذا الأصل كما قررناه فى المسأله السابقه».

قلت: هو مناف لما ذكره فى شرح قول الفاضل فى باب الضمان، لا يصح ضمان

الصبی و إن أذن له الولی، فإن اختلفا قدم قول الضامن، لأصاله براءه الذمه و عدم البلوغ، و لیس لمدعی الأهلیه أصل یستند إلیه، و لا ظاهر یرجع إلیه، بخلاف ما لو ادعی شرطا فاسدا، و کذا البحث فیمن عرفت له حاله جنون، قال: أی «فإن اختلف الضامن و المضمون له فی وقوع الضمان حال الصبا أو حال الکمال. قدم قول الضامن فی أنه کان صبیا وقت الضمان، لأن الأصل براءه الذمه، فیستصحب، و کذا أصل عدم البلوغ، و لیس لمدعی أهلیه الضمان حال وقوعه أصل یستند إلیه، و لا ظاهر یرجع إلیه یکون معارضا للأصلین السابقین، فإن قیل: له أصاله الصحه فی العقود، و ظاهر حال العاقد الآخر أنه لا یتصرف باطلا قلت: الأصل فی العقود الصحه بعد استکمال أرکانها، لیتحقق وجود العقد، أما قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا فی کون المعقود علیه هو الحر أو العبد، حلف منکر وقوع العقد علی العبد، و کذا الظاهر إنما یثبت مع الاستکمال المذکور؛ و اعترف شیخنا الشهید فی حواشیه بوجود أصاله الصحه فی العقود، لکن بمعارضه أصاله الصبا یتساقطان، و یبقی أصل البراءه سلیما عن المعارض، فکأنه لا ـ أصل له، و ما ذکرناه أثبت» ثم إنه فی شرح قوله بخلاف إلی آخره قال: «لأن الظاهر أنهما لا یتصرفان باطلا، و حیث کان المتعاقدان کاملین تحقق الظاهر المذکور. و أصاله صحه العقود» و شرح قوله و کذا البحث إلی آخره «أی ما سبق فی الاختلاف فی وقوع الضمان حال الصبا و البلوغ آت فیما عرف له حال جنون بعین ما ذکر، لکن لو حصل الاختلاف فی وقوع العقد فی یوم الجمعه و کان فیه کاملا، و فی یوم الخمیس قبله و کان باتفاقهما صبیا أو مجنونا؛ فهل هو کما سبق؟ أو یحتمل بأصاله عدم التقدم، کل ممکن» انتهی و هو کما تری.

و التحقیق عدم الفرق بین البیع و الضمان فی تقدیم مدعی الصحه، لأصالتها القاطعه جمیع هذه الأصول، بل هو کذلک و إن لم یعترف بأنه باع ثم ادعی أنه کان صبیا، و یکفی ثبوت أصل الفعل فیه و لو ببینه، ثم یصححه الأصل.

و من الغريب دعوى تخصيصه أصاله الصحه بما بعد استكمال الأركان التى منها المعقود عليه، مع أنه لم يعرف خلاف فى أن القول: قول مدعى الصحه فيما لو تنازع المتعاقدان الكاملان فى وقوع العقد على ما يصح، أو ما لا يصح، و قد كان ما هو فيه من تقديم قول الصبى فى مسأله الضمان مستغنيا عن هذه الدعوى، و كان يكفى فيه دعوى عدم تحقق موضوع أصاله الصحه، و هو فعل المسلم الكامل، و إن كان يدفعه منع كون الموضوع ذلك، بل الأصل فى الفعل نفسه الصحه، و إنما يمنع منها عدم الكمال فمع عدم تحققه و الفرض وقوع الفعل؛ يحكم بصحته حتى يتبين خلافه، إلا انه لا يخلو من نظر فتأمل جيدا

[النظر الخامس فى الشروط]

اشاره

النظر الخامس: فى الشروط المذكوره فى متن العقد دون ما بعده بل و ما قبله، إذا لم يكن بناء العقد عليه و إلا فالصحه فيه قويه جدا، و على كل حال فالمراد بها المرسومه فيه زائدا على الثمن و المثمن على وجه الالتزام، دون التعليق الذى لا إشكال فى البطلان معه و إن كان بلفظ الشرط، من غير فرق بين كون المعلق عليه محقق الوقوع فى مستقبل الأزمنه أولا، لا لأنه ينافى قصد إنشاء النقل و الانتقال و الرضا بهما لا مكان منعه، خصوصا بعد مشروعيه التدبير و النذر و نحوهما من الإنشاء المعلق بل لانه مناف لما هو المعلوم من الشرع من تسبيب هذه الصيغ و ترتب الآثار عليها بمجرد تمامها، فالتعليق المقتضى لتأخر الآثار، و عدم إعمال السبب مقتضاه مناف لذلك.

و منه يعلم أنه لا ـ يقدح صوره التعليق بعد العلم بإراده الالتزام منها، لا حقيقته المنافيه لما عرفت، بل و لا يقدح منه ما كان نحو بعتك إذا كانت الشمس طالعه مع

العلم بالطلوع، و إن كان هو ظاهر بعضهم، لكونه تعليقا فى الظاهر و للشك فى السببيه معه، إلا أنه كما ترى. نعم لا يبعد البطلان مع الشک، لاقتضائه توقف عمل السبب بعد تمامه على غيره مما لا مدخليه له فى تسبيبه مع احتمال الصحه لكون التعليق فيه للعلم بترتب الأثر، لا للأثر نفسه، فتأمل جيدا.

و لا- خلاف كما لا- إشكال فى قبول عقد البيع و غيره من العقود اللازمه، الشرائط فى الجمله، و النصوص مستفيضه فيه أو متواتره(۱)بل لعل إطلاق الأمر بالوفاء بالعقود(۲)«و التجاره عن تراض»(۳)كاف إلا- أن منها ما ليس بسائغ، و منها ما هو سائغ و ضابطه كما فى القواعد و اللمعه و الروضه و غيرها، بل عن ابى العباس نسبته إلى علمائنا، ما لم يكن مؤديا إلى جهاله المبيع أو الثمن كاشتراط تأجيل أحدهما مده مجهوله و لا مخالفا للكتاب و السنه ضروره وضوح بطلان الثانى، و كذا الأول بعد ما عرفت من اعتبار المعلوميه فيهما، بل هو مندرج فى الثانى، و لذا اقتصر فى النصوص على استثنائه ف

فى الصحيح (۴)«المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز»

و آخر(۵)

«من اشترط مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما يوافق كتاب الله عز و جل»

و

الخبر(۶)«المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلا لا أو حلل حراما»

لكن يظهر من جماعه منهم الفاضل فى القواعد أن من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافى مقتضى العقد، كشرط عدم البيع أو الهبه أو العتق أو الوطى أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، أو نحو ذلک، بل فى الغنيه من الشروط الفاسده بلا خلاف،

۱- ۱ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار و الباب ۱۵ من أبواب الحيوان و الباب ۴ من أبواب المكاتبه و غيرها.

۲- ۲ سوره المائده الآيه ۱.

۳- ۳ سوره النساء الآيه ۲۹.

۴- ۴ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۵.

أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد، مثل أن لا يقبض المبيع و لا ينتفع به.

و عن جماعه أن ضابط المنافى كل ما يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه و رتبه، و قد يشكل باشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مثلا زمانا معينا؛ فان مقتضى إطلاق العقد إطلاق التصرف فى كل وقت، و باشتراط إسقاط خيار المجلس و الحيوان، و ما أشبه ذلك مما أجمع على صحه اشتراطه كما فى المسالك؛ و احتمال إراده ما لم يجعل العقد إلا لأجله من المقتضى كانتقال العوضين فى البيع الذى هو الأثر الحقيقى له، ينافى منع اشتراط عدم البيع و نحوه مما سمعت منعه، لانه مناف.

و من هنا قال فى جامع المقاصد «الحاسم لماده الاشكال أن الشروط على أقسام، منها- ما انعقد الإجماع على حكمه من صحه و فساد، فلا عدول عنه، و منها- ما وضح فيه المنافاه للمقتضى، كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع، أو وضح مقابله، و لا كلام فى اتباع ما وضح، و منها- ما ليس واحدا من النوعين، و هو بحسب نظر الفقيه» لكن لا يخفى عليك أن ما ذكره غير حاسم، و الأولى الاعراض عن هذه العباره، و الرجوع إلى ما سمعته من الكليه المنصوصه التى يندرج فيها جميع ما يشك فى جوازه، فيكون ذلك حينئذ هو المدار.

لا يقال: إن فيها إجمالا أيضا إذ لا يدرى ما المراد بالحلال و الحرام، أ هو ما كان كذلك بأصل الشرع من دون توسط العقد، أو ما يعم ذلك؟ فإن أريد الأول، نافى ما نصوا عليه من بطلان اشتراط عدم البيع و نحوه، إذ لا مانع فى الشرع من كون الشى ء مملوكا و لا يباع أو لا يوهب مثلا، و إن أريد الثانى، ففيه أولا أنه مناف لما ذكروه، بل قد عرفت دعوى الإجماع عليه فى المسالك من صحه اشتراط عدم الانتفاع مده، و إسقاط خيار المجلس و إسقاط خيار الحيوان و نحوها مما عرفت، مضافا إلى ما تسمعه من النصوص الآتيه فى جواز بيع الأمه بشرط عدم البيع و الهبه، المستلزم لحرمتهما بعد

الشـرط، مع أنهما حلال بواسـطه العقـد، بل ظاهر هذه النصوص جواز اشتراط المنع من غيرهما إلا الإرث خاصه من بينها، و ثانيا المنع من الهبه مثلا الباطل اشتراطه، لكونه محرما، حلالا بواسطه العقد، و إن أريد به بالنسبه إلى العقد المعرى عن الشرط.

فهو وارد فى كل شـرط، لأنه مخالف لمقتضـى العقـد الخالى منه، و إن أريد بالنسـبه إلى العقد المتضـمن له فهو غير واضح، لأنا نقول: لاـ يخفى رجحـان إراده الأـول، لانسـياق حصول صـفه الحـل و للحرمه قبل العقـد ذى الشـرط منه، فالمراد تحريم ما كان حلالا بأصل الشـرع، أو بالعكس كاشتراط عدم الإرث ممن يرثه أو شـرب الخمر أو الزنا و نحوها، بل التأمل الجيد يقضى بكون المراد بذلك بيان ان الشـرط من الملزمات بكل ما هو جائز للمكلف فعله أو تركه، و أنه ليس مؤسـسا للحكم الشرعى و مثبتا له، حتى يكون محللا للحرام أو بالعكس، فيكون الضابط حينئـذ فى السائغ منه ما كان جائزا للمشترط عليه قبل الاشتراط و انما أريد بالشـرط الإلزام به و غيره ما لم يكن كذلك، و مقتضى ذلك جواز اشتراط عدم البيع أو الهبه أو الوطء أو نحو ذلك ضروره أن للمشترط عليه مع قطع النظر عن الشرط ترك ذلك كله.

اللهم إلاـ أن ينعقـد إجمـاع على عـدم الجواز و هو محـل شك، بل قـد يقوى الظن بخلافه، خصوصا بعـد اسـتدلال جماعه على البطلان بالمنافاه لمقتضى العقد الذى هو كما ترى؛ و خصوصا بعد أن سئل

الصادق عليه السلام فى الصحيحين (۱)«عن الشرط فى الأمه لا تباع و لا توهب فقال: يجوز ذلك

غير الميراث فإنها تورث، لأن كل شرط خالف الكتاب باطل»

و

فى الأخر(۲)«و هو مردود»

و نحوهما غيرهما، و هما مع صـراحتهما بجواز اشتراط عـدم البيع و الهبه، قد اشـتملا على الاسـتثناء المشـعر بما ذكرنا من تفسـير الحلال و الحرام.

نعم لا ريب فى بطلان منافى مقتضـى العقـد بمعنى عوده عليه بالنقص، كاشتراط عدم الملك فى المبيع، بل هو عند التأمل راجع إلى الضابط الذى عرفت، كما أن

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الحيوان الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الحيوان الحديث ۲.

البطلان فی الشرط العائد إلی جهاله المبیع أو الثمن لا إشکال فیه، بعد

النهی عن بیع الغرر (۱)

الشامل لمحل الفرض قطعا.

نعم قد یتوقف فی بطلان المجهول من الشرط مع الأول إلی العلم إذا لم تکن جهالته مؤدیه إلی جهاله الثمن أو المثمن، لعموم دلیل الشرطیه بلا معارض، ضروره اختصاص دلیل المنع بغیر الشرط و دعوی- إلحاق أحکام المبیع و الثمن له، لاندراج کل شرط فی اسم کل عقد وقع فیه- واضحه المنع، بعد صحه السلب عنه، و لا

دلیل علی المساواه فی الحکم، کدعوی استلزام جهاله الشرط، الجهاله فیهما لأن له مدخلیه فیهما، إذ لا شاهد لها فی العرف و اللغه و الشرع، و مدخلیته التی هی بمنزله الداعی لا تقتضی ذلک قطعا، و لا یندرج بسببها فی دلیل منع الجهاله فی الثمن و المثمن کما هو واضح، فهو حینئذ قسم من الملزمات مستقل برأسه و إن اعتبر فی إلزامه وقوعه فی ضمن عقد لازم، و لذا صح اشتراط ما لا یصح وقوع العقد المشترط فیه علیه، کاشتراط المنفعه و نحوها فی عقد البیع، و العین فی عقد الإجاره و تصفح ما ذکره الأصحاب من صحه اشتراط الرهن و الضامن و العتق و نحو ذلک، مع أن فی مطلقها جهاله لا تغتفر فی نظیره فی البیع.

أما إذا کان جهاله لا تئول إلی العلم، اتجه البطلان لأنه مثار النزاع، و لم یعهد نظیره فی الشرع بل المعلوم منه خلافه، بل قد یقال- إن لم یکن إجماع علی مثل هذا التسامح فی الأول- بعدم الجواز أیضا، لأن دلیل المنع و هو

النهی(۲)عن الغرر فی البیع،

شامل لعقد ذی الشرط المفروض فیه الغرر، و إن لم یصدق علی الشرط أنه مبیع أو منه، أو ثمن أو منه، ضروره کون المراد النهی عن الغرر فی عقد البیع، و لو بالنسبه إلی ما فیه من الشرط، کما هو واضح، نعم لا یثبت فی الشرط الأحکام الثابته للمبیع مثلا من حیث کونه کذلک لعدم صدقه علیه، لا الثابته للعقد الشامل للمشروط و غیره و الله العالم.

و کیف کان فقد بان لک من ذلک کله أنه لا إشکال فی أنه یجوز أن یشترط

۱- ۱ الوسائل الباب ۴۰ من أبواب آداب التجاره الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۴۰ من أبواب آداب التجاره الحدیث ۳.

ما هو سائغ داخل تحت قدرته، كقصاره الثوب و خياطته، و حياكته إلا أنه بناء على اعتبار المعلوميه، لا بد من بيان الثوب و كيفيه الخياطه و نحو ذلك مما يرتفع به الجهاله، كما أنه لا إشكال فى أنه لا يجوز اشتراط ما لا يدخل فى مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله المشترى أو الله سنبلا و الرطب على أن يجعله تمرا، و لا بأس باشتراط تبقيته لدخولها تحت القدره، و فى المسالك و غيرها، و هل يشترط تعيين المده أم يحال على المتعارف من البلوغ؟ لأنه مضبوط عرفا كما إذا لم يشترط، الظاهر الإكتفاء بالثانى، و إطلاقهم يدل عليه، قلت: كما أنه يدل على ما ذكرنا من التسامح فى الشرط، و ربما فرق بين أخذها شرطا و عدمه، فيعتبر ضبط المده فى الأول دون الثانى، و هو جيد بناء على عدم اغتفار الجهاله فى الشرط، و على أن التبقيه عند عدم الاشتراط من دليل آخر، لا من انصراف إطلاق العقد و إلا كان كالشرط مع إمكان منعه، ضروره وضوح الفرق بين ما يستفاد من الانصراف و بينه من الشرط، فى صدق الغرر فى عقد البيع و لو بالنسبه إلى ما فيه من الشرط فى الثانى، بخلاف الأول.

و على كل حال فالتبقيه مقدوره يصح اشتراطها، و لعل من ذلك اشتراط حصول الأثر المعلوم توقفه على عقد أو إيقاع من دونه، كاشتراط طلاق الزوجه- و حليته الوطء من دون صيغتهما، ضروره عدم دخول ذلك تحت قدرته، لكون المرجع فيه الشرع، بل قد عرفت فيما سبق أن دليل الشرطيه لا يفيد إلا أن الشرط من الملزمات للجائز، كالنذر و العهد؛ و مقتضاه حينئذ أن كل شى ء شك فى حكمه شرعا فضلا عما علم لم يصح اشتراطه.

نعم كل شى ء علم حكمه شرعا و شك فى جواز اشتراطه كان مقتضى العموم جوازه، و فرق واضح بين المقامين، فيجوز اشتراط الصيغه المقتضيه للطلاق و حل الوطى و نحوهما، و يجوز اشتراط الأعمال و إن لم يذكر صيغه، بل يستحق العمل عليه بنفس الشرط، لعدم توقف حل استيفائه منه عليها، إذ لا ريب فى جواز تبرعه به و قبوله منه، بل ربما

قیل أیضا بجواز اشتراط ملک عین مخصوصه، و یملکها بنفس الشرط، من غیر حاجه إلی تجدید عقد الهبه لأنها من العقود الجائزه التی لا یعتبر فیها لفظ مخصوص، فیکفی حینئذ عباره الشرطیه مع القبول فی تحقق أثرها، کاشتراط الوکاله و غیرها، إلا أنه قد یشکل حصول الملک قبل القبض، لاعتباره فیها، و حینئذ یکون المراد بما فی الشرط من الملک ملک أن یملک.

اللهم إلاـ أن یقال أنها فی الفرض کالهبه المعوضه، بناء علی عدم اشتراط الملک فیها بالقبض، فتأمل جیدا فإن ذلک کله کما تری، ضروره عدم وفاء دلیل الشرطیه بصحه اشتراط آثار العقود علی وجه یلحقه حکم العقد الذی لا یتناول الشرط.

نعم قد یقال: بصحه اشتراط أثر العقد الذی لا دلیل علی انحصار سببه فی العقد الذی هو من أسباب حصوله، کالملک الذی لیس فی الأدله ما یقتضی انحصار سببه فی الهبه و نحوها، و إن کان الهبه تفیده لا أنها منحصر فیها، فهو حینئذ ملک شرطی، لا ملک الهبه التی هی اسم للعقد المخصوص، المعلوم عدم کون الشرط منه، بل لعل الحریه کذلک أیضا، فیصح اشتراطها علی وجه یکون هو السبب فی حصولها، و لیس ذلک من العتق الذی هو عباره عن الإیقاع المخصوص، و حینئذ فالضابط فی الأمر الذی یجوز اشتراطه، هو ما لا دلیل علی انحصاره فی سبب خاص من عقد أو إیقاع، و إن کان یحصل بهما، فیشمله حینئذ عموم

«المؤمنون»(۱)

و أما ما دل علی انحصاره فی السبب المخصوص الذی هو عقد أو إیقاع فلا یصح اشتراطه؛ للتعارض من وجه و لا ترجیح، و الأصل عدم ترتب الأثر.

و أما اشتراط العقود و الإیقاع فلا إشکال فیه، فیجوز اشتراط البیع و الهبه و التزویج و القرض و غیرها، لکن لو شرط علیه البیع مثلا من زید بکذا فلم یقبل زید

۱- ۱ الوسائل الباب ۶- من أبواب الخیار الحدیث ۱- ۲.

فهل يتسلط من له الشرط على الخيار لعدم الشرط أو لا؟ لأن المراد من هذا الاشتراط ما هو مقدور له، و هو بذله له بذلک، و الا كان من غير المقدور الذى يبطل اشتراطه- و جبان ينقدح من أولهما أن المدار فى غير المقدور الفاسد اشتراطه العرف و تجدد العجز لا يخرجه عن القدره، و إن سلط من له الشرط على الخيار، نعم يمكن القول بالبطلان، لو انكشف عدم القدره عليه حال الاشتراط.

و على كل حال فالظاهر عدم خروج المثال بامتناع زيد عن وصف القدره، فيصح اشتراطه لذلک مرادا به البيع حقيقه لا بذله، و يتسلط على الخيار مع عدمه، و لو كان شرط البيع مثلا فى عقد فاسد بجهاله ثمن و نحوه، فباع المشترط عليه، فلا ريب فى صحه بيعه، و لزومه مع علمه بالفساد بل الظاهر ذلک و إن لم يعلم، و إن كان يقوى ثبوت الخيار له، و قد يحتمل الفساد، لأنه كدفع ثمن العقد الفاسد، إذ دفع كل شى ء بحسب حاله و الأول أقوى، بل لو لا غروره و حصول الغرر، أمكن القول بعدم الخيار له و الله أعلم.

و كيف كان فمن ذلک أى اشتراط الإيقاع فى العقد ما نبه المصنف بقوله و يجوز ابتياع المملوک بشرط أن يعتقه عن المبتاع بلا خلاف أجده فيه، كما عن بعضهم الاعتراف به، بل فى المسالک الإجماع عليه، و على صحه اشتراطه غير مقيد به، كما عن المبسوط و المهذب البارع و إيضاح النافع الإجماع على صحه اشتراط عتقه، لكن صريح بعضهم و ظاهر آخر ان جوازه لذلک، و لأنه مبنى على التغليب الذى منه و من غيره يعلم عنايه الشارع بفک الرقبه بأدنى سبب، و إلا فهو مناف لمقتضى العقد، فينبغى بطلانه، و فيه ما عرفت من أنه لا دليل على البطلان بمثل هذه المنافاه بل ظاهر الأدله خلافه.

بل فى التذكره يجوز اشتراط عتقه عن البائع عندنا خلافا للشافعى، لأنه شرط لا ينافى الكتاب و السنه لكن ظاهره فى القواعد عدم الجواز كما هو خيره الشهيدين فى

الـدروس و الروضه و الفاضـل المقـداد «لأنه لا عتق إلا فی ملک «(۱)و فیه أنه فی الملـک لکون المعتق هو المشتری، و لاـ دلیل علی اشتراط ملکیه المعتق عنه علی أنه لو سـلم فهو اشتراط لإدخاله فی ملکه، ثم عتقه عنه، و لا بأس به، بعد إن لم یکن الشـرط بیعه علیه الـذی قـد عرفت منعه فیمـا تقـدم، لعـدم توقـف العتـق المشـترط علیه، فالصـحه حینئـذ أقـوی: و لو شـرط فی عتقه عن المشـتری التبرع لزم الشـرط، و کـذا المجـانیه، أمـا لو شـرط عتقه عن کفـاره المشـتری، ففی المسالـک «صـح، و فائـده الشـرط التخصـیص لهـذا العبـد بالإعتاق» قلت: بل فائـدته عدم إجزاء العتق تبرعا عن الشـرط إذا کان للبائع غرض بذلک، و مثله اشتراط العوضیه فی العتق بالخدمه و نحوها، فلا-

تجزی المجانیه حینئذ، و إن کان قد یندر فرض مصلحه للبائع فی ذلک، لغلبه کونها للمشتری، فله حینئذ إسقاطها و عتقه مجانا.

ثم إن ظاهر الشـرط یقتضی إیقاعه مباشره اختیارا، بل فی المسالک مجانا أیضا، فلو شرط علیه عوضا من خدمه و غیرها لم یأت، و قال: «و حیث یفوت الشـرط یتخیر البائع بین فسخ البیع و الإمضاء، لکن لو فسخ هنا رجع إلی القیمه، کالتالف أیضا، لبناء العتق علی التغلیب، مع احتمال فساده، لوقوعه علی خلاف ما وجب، و یحتمل ضعیفا سقوط الشرط هنا و نفوذ العتق».

قلت: لا ریب فی ضـعفه إن أراد من الشـرط الخـدمه و نحوها المشترطه فی العتق و کـذا إن أراد به شـرط البائع بناء علی الظهور المزبور نعم یمکن منع ظهور الإطلاق فی ذلک، لصـدق تحقق العتق و لو مع الشـرط: ثم قال: «و هل یشترط وقوعه من المشتری مباشـره أم یکفی وقوعه مطلقا؟ وجهان، و تظهر القائده فیما لو باعه بشرط العتق، فعلی الأول یحتمل بطلان البیع، لأن شرط العتق مسـتحق علیه، فلا یجوز نقله إلی غیره، و صـحته مع تخیر البائع، ثم إن أعتق المشتری الثانی قبل فسخه نفذ، و قدر کالتالف و إلا أخذه، و علی الثانی یصح کما لو أعتقه بوکیله، و الذی یدل علیه الإطلاق و الحکم

۱- ۱ الوسائل الباب ۵ من أبواب کتاب العتق الحدیث ۱- ۵.

فى باقى الشـروط أنه لا يقتضى مباشرتها بنفسه إلا مع التعيين، و هذا الشرط لا يزيد على غيره» و فيه أولا- أنه خلاف ما استظهره سابقا بناء على اتحاد المراد بالمباشـره فى العبارتين، و ثانيا- أنه لا ريب فى ظهور الإطلاق فى المباشره بالمعنى المزبور، أى عتقه فى ملكه و لو بوكيله، فلا ينـدرج حينئـذ فيه المثال المزبور، و ثالثا- أنه لا وجه لاحتمال البطلان على الأول، و إن كان هو خيره محكى التحرير و التـذكره و مهـذب البـارع، إذ لا ينقص عن بيعه من دون اشـتراط العتـق الـذى صـرح هو و غيره فى أنه للبـائع إمضائه.

قـال فى القواعـد و الـدروس و محكى التـذكره و جامع المقاصـد و الروضه: أنه لو باع العبـد المشـروط عليه عتقه، أو وقفه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء، أى فإن فسخ بطلت هذه العقود، بل قد يقال: بالصـحه حتى مع الفسخ، فتكون له القيمه حينئذ نحو ما سمعته فى الخيار اللهم إلا أن يقال إن ذلك إذا لم يكن الشرط فى العين المتصرف بها، أما هى كالعبد المشروط عتقه مثلا، فقد يفرق بينه و بين الخيـار بتعلق الحق فيه بـالعين كـالرهن بخلافه، و حينئـذ فعلى ذلك يتجه ما فى المسالك من البطلان، بناء على إراده عـدم النفوذ منه كالرهن، فتأمل جيـدا، فإنه قـد يقال: إنه لا دليل على اقتضاء تعلق حق الشـرط بالعين، عدم تأثير البيع الذى يقتضى الإطلاق صحته و ترتب أثره عليه.

نعم باعتبار ثبوت الحق فى العين بعده لاستصـحابه، يتجه تسـلط من له الشـرط على فسخ التصـرف المزبور المنافى لنفوذ الشـرط الذى جعل الشارع المؤمن عنده، و قال:

إن شـرطه له، فيفسـخه حينئذ و يطالب المشترى بإنفاذ شرطه، كما فى غيره من الحقوق السابقه على العقود المتعلقه بها، كالشفعه و أرش الجنايه و تعلق حق الـدين بالتركه و نحو ذلك؛ و به يرجح حينئذ على ما دل على لزوم التصـرف اللاحق الذى حصل فى العين مستحقا فيها ذلك، و حينئذ فيتجه بقاء البيع الأول على اللزوم بناء على اعتبار تعذر

الوفاء بالشرط فى تزلزله، لا مجرد عدم الوفاء به، و ربما كان ما ذكرناه محتمل عباره الدروس قال: «و لو أخرجه أى العبد المشترط عتقه ببيع أو هبه أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله، بناء على كون المراد أن له فسخ هذه التصرفات دون البيع الأول، و له إمضائها بإسقاط حقه من الشرط.

نعم ظاهر غيره بل صريح بعض أن له فسخ هذه التصرفات بفسخ البيع الأول، فيترتب عليه فسخها إن لم يسقط حقه من الشرط، و هو لا يخلو من وجه، بناء على ثبوت الخيار للبائع فى البيع الأول بمجرد عدم وفاء المشترى بالشرط، و حينئذ فالمتجه كونه مخيرا على الوجهين فتأمل جيدا، فإن ذلك عين التحقيق فى المسأله، و هو الموافق للقواعد و إن لم أجده محررا.

و رابعا- لا يخفى ما فى قوله: و الذى إلى آخره: من وضوح منع كون الحكم فى باقى الشرائط ذلك، مع إراده المعنى المزبور من المباشره نعم هو كذلك بالنسبه إلى مباشره الوكيل مثلا فتأمل جيدا.

ثم إن الظاهر جواز عتق المشترى له عن كفارته مع الإطلاق، لصدق امتثال كل منهما، ضروره ظهور إراده المشترط عتقه كيف ما كان، فهو كما لو صرح له بذلك إذ لا ريب حينئذ فى الجواز، لكن بنى فى المسالك جوازه على أن العتق حق لله تعالى، لأن فيه معنى القربه و العباده أو للبائع لتعليق غرضه به، و لأن الشروط من جمله العوضين، أو للعبد لاستلزامه زوال الحجر عنه و تحريره، أو للجميع لعدم المنافاه بينها، فيجوز اجتماعها؛ ثم قال بعد أن جعل الأخير هو التحقيق: «و يتفرع على ذلك المطالبه بالعتق، فمن كان الحق له، فله المطالبه به، و أما عتقه عن الكفاره، فإن قلنا الحق فيه لله تعالى لم يجز كالمنذور و إن قلنا: إنه للبائع فكذلك إن لم يسقط حقه، و إن أسقطه جاز، لسقوط وجوب العتق حينئذ، و كذا إن قلنا: إنه للعبد، و على ما اخترناه لا يصح مطلقا، و شرط العتق مستثنى من الشروط القابله لإسقاط مستحقها»

و فيه أنه لا ريب فى كون الحق من حيث الاشتراط للبائع، و إن كان المشترط من حقوق الله، كصوم أو صلاه و نحوهما، و لذا يجرى عليه ما يجرى على باقى الشرائط كالتسلط على الخيار عند عدم الوفاء به و نحوه، و كون العتق حقا لله لا ينافى كون اشتراطه حقا للبائع، فالأقوى جواز عتقه عن الكفاره مع الإسقاط بل و مع عدمه. بناء على ما ذكرناه من ظهور إراده العتق كيف ما كان، و كذا لو كان حقا للعبد و ما ذكره أخيرا من أن شرط العتق مستثنى من الشروط القابله لإسقاط مستحقها و إن تبع به الشهيد فى الدروس، قال فيها: «و لو أسقط البائع الشرط جاز إلا فى العتق لتعلق حق العبد و حق الله تعالى به، لكن فيه نظر واضح ضروره تبعيه حق الله و العبد لحق الاشتراط كما عرفت، و إحبال الأمه، بل إيلادها لا يمنع من عتقها المشترط، و يجزى عنه بخلاف التنكيل و إن كان يحصل به العتق، إلا أن للبائع الفسخ و الرجوع بالقيمه أو الإمضاء و المطالبه بأرش الشرط فى وجه على ما ستعرف.

لكن فى القواعد «و فى التنكيل إشكال» و لعله لصدق العتق، و لا ريب فى ضعفه، ضروره ظهور الشرط فى غيره خصوصا بعد عدم صحه اشتراطه لكونه معصيته نعم لو صرح المشترط بأن المراد حصول الحريه كيف ما كان، أمكن القول بالاجتزاء، و إن عصى المشترط عليه باختياره كما هو واضح، و كسب العبد قبل العتق للمشترى، كما أن قيمته لو قتل له، لكن يقوم مشروط العتق، كما فى التذكره، و إن كان فيه نوع تأمل، بناء على رجوع البائع عليه لو فسخ بقيمته مطلقا، لعدم حصول الشرط له. و بما اقتضاه شرط العتق من النقصان لو أمضى. و لو أطلق اشتراط العتق من غير تعيين كونه عن المشترى صح و حمل عليه بناء على عدم صحته عن البائع، أما عليها فيحتمل الصحه و الاجتزاء بالمسمى حينئذ بناء على عدم قدح مثل هذه الجهاله، خصوصا مع علم إراده المشترط العتق كيف ما كان و إلا بطل إن لم يعين و الله أعلم.

أو بشرط أن يدبره بلا خلاف مطلقا أو معينا، و يتخير الأول بين

المطلق و المقيد، إلا أنه إذا اختار الثانى و لم يتفق فى تلك السنه وجب عليه التدبير ثانيا، لأن الغرض ترتب العتق و لم يحصل، و احتمل فى المسالك العدم، للقيام بالشرط المطلق، و لا ريب فى ضعفه كضعف ما فيها أيضا من احتمال جواز رجوع المشترى فى هذا التدبير نظرا إلى أصله، ضروره عدم صدق الوفاء بالشرط الظاهر فى كون الغرض منه العتق بعد الموت أو بشرط أن يكاتبه بلا خلاف أيضا كتابه مطلقه أو مشروطه بقدر أو أجل معلومين، و لو أطلق تخير المشترى بين المطلقه و المشروطه، كما فى المسالك، و هو مؤيد لما ذكرناه من اغتفار نحو هذه الجهاله.

و لو تشاح المشترى و العبد فى القدر و الأجل، رجع إلى القيمه السوقيه، و لا يجب على المشترى النقصان عنها، و لو طلب الزياده أجبر على القيمه إن أمكن، و الا تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء، و الظاهر جواز رجوعه فى المشروطه عند عجزه، ضروره إراده الكتابه على حكمها من عباره الشرط، و احتمل فى المسالك العدم، و لا ريب فى ضعفه و الله أعلم.

و لو شرط المشترى أن لا خساره عليه أو أن يكون تلفه من البائع متى تلف أو إن غصبه غاصب رجع على البائع بالثمن أو شرط البائع فى الأمه على المشترى أن لا يعتقها أو لا يطأها أو لا يهبها أو لا يبيعها قيل يصح البيع و يبطل الشرط لكن قد سمعت المعتبره(۱)المتضمنه للجواز فى الجمله، إلا أنه فى المحكى عن كشف الرموز ما رأيت أحدا عمل بها، بل فى مفتاح الكرامه أنى لم أجد من تأمل أو خالف فى بطلان الشروط الخمسه المتأخره، إلا الفاضل فى التذكره، فإنه استشكل فى بطلان اشتراط عدم البيع و العتق، و ظاهر النافع التأمل فيهما، حيث قال: المروى الجواز، و فى إيضاحه إن الجواز غير بعيد، لأن بقاء الأمه عند المالك الصالح مطلوب اشتراط بقاء ملكه عليها، و ذلك لا ينافى كما فى أم الولد، و منذور التصدق

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الحيوان ۱- ۳.

به و هو جيد جدا إن لم يثبت إجماع، و قد سمعت ما فى الرياض من حكايته الجواز عن بعض و ميله إليه، و أما الثلاثه الأول فلا ريب فى البطلان مع إراده إثبات الاستحقاق شرعا بالشرط لما عرفت من أنه ملزم لا مثبت لحكم.

و سأل عبد الملك بن عتبه الرضا عليه السلام (۱)«عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أنه ليس منه على وضيعه هل يستقيم ذلك و كيف يستقيم و ما حد ذلك؟ قال: لا ينبغى»

و يمكن إراده الكراهه منه إذا لم يكن المراد من الشرط ما يرجع إلى إثبات حكم

شرعى، و قلنا: بعدم قدح مثل هذه الجهاله فيه بل هذا التعليق، إلا أن الجميع كما ترى، و منه يعلم الحال فى الشرطين الأخيرين.

و كيف كان فقد عرفت الضابط فى الشرائط السائغه و غيرها، و أنه لا يخرج عنه إلا بدليل كما هو مقتضى

عموم قوله عليه السلام (۲)«المؤمنون عند شروطهم»

و إن ما طفحت به عباراتهم من البطلان المنافى لمقتضى العقد، أقصى ما يمكن تسليمه فيه اشتراط أن لا يملك و نحوه مما يعود عليه بالنقص، و قد يلحق به مثل أن لا يتصرف به أصلا، قال فى الغنيه «من الشروط الفاسده بلا خلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد، مثل أن لا يقبض المبيع و لا ينتفع به» و هو جيد إن أراد من الأمرين أمرا واحدا، أما غيره مما هو فى الحقيقه مناف لمقتضى إطلاق العقد لا لنفسه، فلم يثبت بطلانه بل الثابت خلافه كما عرفت، فلاحظ و تأمل.

إنما الكلام فى صحه البيع المشتمل على الشرط الفاسد، و بطلانه؛ فالأول خيره الإسكافى و الشيخ و القاضى و العجلى و ابن سعيد و أبى إلا على ما حكى عن بعضهم و عن ابن زهره موافقتهم، و الرياض و فى خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنه، محتجا عليه بالإجماع، و ابن المتوج فى الشرط الفاسد الذى لا يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل الطعام بعينه أو لبس ثوب و نحوه، و الثانى خيره الفاضل و ولده و الشهيدين و العليين و أبى العباس و الأردبيلى و الخراسانى على ما

حكى عن بعضهم و وافقهم أبو المكارم فى خصوص غير المقدور من الشرط، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرا بل قال: «إنه فاسد مفسد بلا خلاف» و ظاهر جماعه منهم المصنف التوقف، و كان الأول لا يخلو من

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۵ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۱- ۲.

قوه، للعموم و إجماع الغنيه.

و صحيح الحلبى (۱)الذى رواه المشايخ الثلاثه عن أبى عبد الله عليه السلام «أن بريره كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشترتها عائشه فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله و قال: إنشائت تقر عند زوجها، و إن شائت فارقته، و كان مواليها الذين باعوها شرطوا على عائشه أن لهم ولائها، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله الولاء لمن أعتق».

و مثله صحيحه عيص بن القاسم (۲)مؤيدين بما ورد فى النكاح من الأخبار الداله على صحه عقده و فساد الشرط فيه كصحيحه محمد بن قيس (۳)بل و خبر الوشاء(۴)الذى اعترف فى المحكى من نهايه المرام بدلالته على عدم فساد العقد بفساد الشرط، و حمل الصحيحين الأولين على ما عند العامه من بطلان الشرط مطلقا مع صحه العقد، يدفعه وقوع الخلاف عندهم فى ذلك، حتى أنه من طريف ما يحكى عن

محمد بن سليمان الدهلى (۵)قال: «حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: دخلت مكه زادها الله شرفا

فرأيت فيها ثلاثه كوفيين، أحدهم أبو حنيفه و ابن أبى ليلى و ابن شبرمه، فصرت إلى أبى حنيفه فقلت: ما تقول فيمن باع بيعا و شرط شرطا فقال: البيع فاسد و الشرط فاسد فأتيت ابن أبى ليلى فسألته فقال: البيع جائز و الشرط باطل، فأتيت ابن شبرمه فسألته فقال: البيع و الشرط جائزان، فرجعت إلى أبى حنيفه، فقلت له: إن صاحبيك قد خالفاك فقال: لست أدرى ما قالا، حدثنى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه و آله نهى عن بيع و شرط، فأتيت ابن أبى ليلى فقلت له: إن صاحبيك قد خالفاك، فقال ما أدرى ما قالا، حدثنى هشام بن عروه عن أبيه عن عائشه أنها قالت: لما اشتريت بريره جاريتى شرط على

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۷ من أبواب العتق الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳۷ من أبواب كتاب العتق الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۳۸ و ۳۹ من أبواب المهور الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۳۸ و ۳۹ من أبواب المهور الحديث ۴.

۵- ۵ المستدرك ج- ۲- ص ۴۷۴.

مواليها أن أجعل ولائها لهم إذا أعتقتها، فجاء النبى صلى الله عليه و آله و سلم و قال: الولاء لمن أعتق، فأجاز البيع و أفسد الشرط، فأتيت ابن شبرمه فقلت له: إن صاحبيك قد خالفاك، فقال:

لست أدرى ما قالا، حدثنى مشعر بن محار بن زياد عن جابر بن عبد الله قال: ابتاع النبى صلى الله عليه و آله منى بعيرا بمكه فلما نقدنى الثمن، شرطت أن يحملنى إلى المدينه، فأجاز النبى صلى الله عليه و آله البيع و الشرط»

فحملها على التقيه مع هذا الاختلاف كما ترى، بل ما رواه ابن أبى ليلى مؤيد لهما، و إن توهم منه البطلان فى سائر الشرائط، كما أنه يؤيدهما أيضا ما أرسله فى الغنيه؛ من خبر بريره(۱)بل الظاهر أنه من المستفيض بين العامه و الخاصه، و هو ظاهر فى المطلوب و احتماله أمرا آخر لا يرفع الظهور الذى هو مناط الأحكام، كل ذلك مضافا إلى أن مدخليه الشرط فى الترضى لا تزيد على مدخليه الثمن و المثمن، و بطلان العقد فى أبعاضها لا يسرى إلى بطلان الآخر حتى فيما كانت الهيئه الاجتماعيه مطلوبه و ملحوظه، بل أقصاه ثبوت الخيار للتضرر، و لا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد، بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصه يلتزمون بذلك و إن لم يصرحوا به، و لعله لمعلوميته.

و دعوى أن الشرائط فى العقود ملحوظ فيها معنى الشرطيه يدفعها معلوميه بطلان التعليق فيها، سواء كان للزوم أو الصحه أو للرضا، مع أن مقتضى الأول انتفاؤه بانتفائه لا الصحه، و مرجعه إلى اشتراط الخيار بشرط و لو سلم صحته، فمن المعلوم عدم إرادته كمعلوميه عدم صحه التعليق عليه فى الأخيرين، و لذا حكى عن فخر المحققين أنه قال: إن كون هذه شروطا مجاز، لأنها تابعه للعقد، و العقد سبب فيها، فلا يعقل كونها شرطا له، و إلا دار، بل هى من صفات البيع، تختلف الأغراض باختلافها، لكن فى جامع المقاصد «لا محصل لهذا الكلام، فإنها شروط للبيع الذى هو انتقال المبيع من البائع إلى المشترى، لا شروط العقد، و قد عرفت فيما سبق أن البيع ليس هو نفس العقد؛ حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها مشروطا له، بل للانتقال الذى هو أثره

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۷ من أبواب كتاب العتق الحديث ۲.

و كيف يعقل أن هذه الشروط شروط للعقد الذى هو الإيجاب و القبول.

ثم قوله إن هذه صفات للبيع ليس بجيد، إلا بناء على أن البيع هو العقد، فكونها صفات له لا ينافى كونها شروطا لأثره، و أما إن فقدها لاـ يستلزم أرشا فلاـ دخل له فيما نحن فيه، بل هذا ملتفت إلى أن الأمور المشترطه، لما لم تكن داخله فى نفس مسمى البيع، لم يكن بإزائها شى ء من الثمن، لأن الثمن فى مقابل المبيع و أجزائه و إن كان قد يزيد بوجود بعض الصفات، لأن زيادته على أنه فى مقابل المبيع ملحوظا فيه مقابل الصفه المعينه، فإن الثمن للمبيع باعتبار المقابله، و ليس فى مقابله الصفه منه شى ء.

و فيه أن كونها شروطا لأثر العقد مستلزم للتعليق المنافى لسببيه العقد اللهم إلا أن يريد كون الشرط ملك المشروط، و هو أمر مقارن لأثر العقد يحصل معه بحصوله فليس من التعليق المنافى، لكن فيه أن ذلك حكم الشرط المستفاد من

قوله عليه السلام (۱)«المؤمنون عند شروطهم»

لا نفس الشرط، ضروره كون الفعل المشترط لا ملكه، و ارتكاب هذا التجوز- مع أنه خلاف قصد المتعاقدين- ليس بأولى من إراده الإلزام من الاشتراط، كما هو معناه لغه، و إليه أومى الفخر، و مراده أن العقد إذا صار سببا فى لزومه، لم يعقل كونه شرطا له و لو لتأثيره

الذى ذكره المحقق الثانى، على أن المرجع فى تأثير العقد الأدله الشرعيه التى دلت على تسببه، فلا يعقل اشتراط حصول أثره بشى ء من غير الشارع، و أدله الشروط قاصره عن إفاده ذلك، بل هى ظاهره فى إراده أن كل ما يلتزمه المؤمنون فى عقد من العقود اللازمه يلتزم به، ردا على ما عن بعض العامه من بطلان الشرط فى العقد خاصه، أو هو مع العقد كما سمعته من أبى حنيفه و ابن أبى ليلى.

و إليه يرجع ما عن المهذب البارع فى الجواب عن الدور المقرر على تقدير

۱- ۱ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۱- ۲.

القول ببطلان العقد مع بطلان الشرط، من أن لزوم الشرط و صحته فرع على صحه البيع، فلو كانت موقوفه على صحته لزم الدور، و قال فی الجواب عن ذلک: «إن تسویغ الشرط لیس شرطا فی الحقیقه لصحه البیع حتی یلزم الدور، بل هو من صفات البیع، فما کان منها سائغا داخلا تحت القدره لزم باشتراطه فی العقد، کما لو شرط صفه کمال فی البیع و إن لم یکن سائغا بطل العقد لا من حیث فوات شرطه، بل من حیث وقوع الرضا علیه، و شروط الصحه إنما هی الأمور المذکوره فی أوائل الکتاب کإکمال المتعاقدین و نحو ذلک» و مرجع ما ذکره أخیرا إلی ما قیل من أن التراضی إنما وقع علی المبیع مع الشرط، فمع انتفائه ینتفی فلا یکون تجاره عن تراض، فیبطل لکونه شرطا فی الصحه إجماعا.

و فیه- بعد الغض عن اقتضائه البطلان إذا لم یوف بالشرط السائغ- أن التراضی وقع معه؛ لا مقیدا به، کما لو شرط کون العبد کاتبا مثلا، أو اشتری العبدین جمیعا، فتبین أنه غیر کاتب أو أن أحد العبدین لیس ملکا له، کان البیع صحیحا کما صرح به غیر واحد، بل قد یظهر من جامع المقاصد الإجماع علیه، و إن کان یثبت له الفسخ، مع أن التراضی لم یتحقق إلا علی الوجه الذی لیس بواقع، و الفرق بین المقامین غیر واضح بل قد اعترف فی جامع المقاصد أن فیه عسرا، و دعوی- أن الأوصاف و الاجتماع إذا أخذت قیدا کالشرائط یبطل البیع أیضا بانتفائها، و إنما یثبت له الخیار إذا کانت لا علی وجه القیدیه- سفسطه لا محصل تحتها، کالقول بأن منشأ البطلان فی المقام أن الشرط له قسط من الثمن، فإنه قد یزید باعتباره و ینقص؛ فإذا بطل، بطل ما بإزائه من الثمن، و هو غیر معلوم فتطرق الجهاله إلی الثمن فیبطل البیع، إذ هو بعد معلومیه عدم توزیع الأثمان علی الشرائط، و أنها کالأوصاف التی یزید الثمن و ینقص بها کما تری، خصوصا بعد ما سمعته من جامع المقاصد فی توضیح عدم مقابله الشرط للثمن نعم قد عرفت إنا نقول بثبوت الخیار له، لفوات الشرط کفوات الوصف من غیر فرق فی ذلک و فی غیره مما ذکرنا من جمیع الشرائط الباطله، سواء کان البطلان

لعدم القدره أو غيره، و نفى الخلاف عن بطلانه خاصه فى الغنيه لم نتحققه، كظهور الإجماع من محكى إيضاح النافع، حيث قال: عليه الفتوى، و سواء كان المقصود بالذات الشرط الفاسد، و جى ء بالبيع تبعا أو بالعكس، و سواء كان مما لا يتعلق به غرض كأكل الهريسه و غيره، بل فى المحكى عن التذكره أن الأول لا يقتضى فساد العقد عندنا.

نعم قد يتجه البطلان فيهما معا لو كان البطلان لجهاله فى الشرط، بحيث تؤدى إلى أحد العوضين، فيبطل العقد حينئذ للجهاله لا لبطلان الشرط، بل كل شرط باطل يستلزم انتفاء شرط من شرائط العقد المعلومه، أو وجود مانع يقتضى بطلان العقد معه، و لعل منه ما بعود على العقد بالنقص، أما غير ذلك، فالأقوى فيه ما سمعت، و قد ظهر لك من جميع ما ذكرنا حجه القول المقابل و جوابها، و أضعفها الاستناد إلى أصاله عدم الانتقال التى يكفى فى قطعها عموم الأدله، فضلا عما عرفت هذا.

و قد يستفاد من مجموع ما ذكرنا خصوصا ما سمعته فى الرد على ما فى جامع المقاصد أنه ينبغى أن يكون النزاع فى الشرط المطلق، أما إذا علم إراده مجرد الإلزام به من غير تعليق، فلا إشكال فى عدم اقتضاء فساده فساد العقد، كما أنه لا إشكال فى اقتضائه ذلك إذا علم إراده تعليق الصحه على ملكه على النحو الذى سمعته من ثانى المحققين لو سلمنا صحته بل التحقيق عدمها، فمحل البحث فى الشرط المطلق الذى لم يعلم اراده المشترط منه أحد الأمرين، و لا كان فى العباره دلاله على أحدهما فتأمل جيدا و الله أعلم.

و لو شرط فى البيع مثلا- أن يضمن إنسان بعض الثمن معينا أو مطلقا إن قلنا بصحته أو كله صح البيع و الشرط بلا خلاف، للعموم، و كذا لو اشترط الرهن أو الكفيل أو الشهاده، إلا أن فى القواعد الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط إما بالوصف أو المشاهده، و تعيين الكفيل بالاسم و النسب و المشاهده، أو الوصف كرجل موسر ثقه و لا يفتقر إلى تعيين الشهود، بل الضابط العداله، فلو عينهم فالأقرب

تعينهم و تبعه على ذلك كله غيره، و قد يمنع وجوب التعيين للرهن و الكفيل و الضامن، خصوصا بناء على ما ذكرنا من اغتفار نحو هذه الجهاله فى الشرط، بل و على غيره أيضا، فيصح الإطلاق حينئذ، لكن يحمل على الصالح للاستيفاء، كما صرح به فى الدروس و غيرها بناء على الاجتزاء بالإطلاق، لا أنه يجتزى بمسماه، و إن احتمله فى المحكى عن الإيضاح إلا أنه كما ترى.

و اختلاف الرغبات فى الأعيان، و الناس فى الاستيفاء و سهوله البيع و شده حاجه الراهن إلى الفك و نحو ذلك لا يوجب جهاله قادحه، و الإلجاء مثله فى الشهود، و عدم صحه رهن المجهول، لا ينافى الجهل به حال اشتراطه و إن علم حال ارتهانه، فالمراد كونه مجهولا- حال الاشتراط، لا- حال الارتهان، و هما غيران و يجوز رهن المبيع على الثمن من غير شرط قطعا، بل و معه على الأقوى خلافا للمحكى عن الشيخ و الحلى للعموم، و ليس من رهن ما لا يملك، و لا قبل ثبوت الدين، إذ هو اشتراط لرهنه بعد الملك، كهبته، و الموجود فى العقد اشتراط رهنه لا رهنه كى يشترط فيه ثبوت الدين و ملكيه الرهن.

و ليس البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير ثمن المبيع، بل أقصاه أنه لا يقتضى إيفاؤه من ثمن المبيع، و هو أعم، فلا يناقض اشتراط الرهن المقتضى لإيفاء الثمن منه، كما أن رهانته عند البائع تخرجه عن كونه مضمونا على البائع، فلا يتنافيان، و ليست صحه البيع موقوفه على رهنه لو اشترط. نعم ملكيه رهنه موقوفه على صحه البيع فلا دور حتى لو قلنا بتوقف لزومه على الرهن إذ الصحه غير اللزوم.

و كيف كان فلو أخل المشترى بما اشترط عليه من الرهن أو الكفيل أو الضامن أو غير ذلك، تخير البائع بعد تعذر الإجبار كما ستعرف، و كذا يتخير لو هلك الرهن أو تعيب قبل القبض، بناء على اشتراط القبض فى الرهن أو وجد به عيبا قديما و ليس له المطالبه بالإبدال أو الأرش اما لو هلك أو تعيب بعد القبض فلا خيار، لأصاله اللزوم بعد الوفاء بالشرط كما هو واضح، و لو اختلفا فى زمن حدوث العيب ففى تقديم قول الراهن و قول

المرتهن وجهان. و الله أعلم.

[تفریع إذا اشترط العتق فی بیع المملوک فإن أعتقه، فقد لزم البیع]

تفریع: إذا اشترط العتق فی بیع المملوک، فإن أعتقه، فقد لزم البیع بلا خلاف و لا إشکال، و إن امتنع، کان للبائع إجباره کما فی کل شرط علی الأقوی، إن کان مما یجبر علیه، لا- ما إذا کان من صفات المبیع، کما لو اشترط کونه کاتبا و شاعرا، لوجوب الوفاء به علیه کتابا(۱)و سنه(۲)و إجماعا محکیا عن الغنیه و السرائر إن لم یکن محصلا، خصوصا بعد ملاحظه کلامهم فی باب القبض، من أنه لو أجله فی عقد لازم لزم، لکن قال الشهید فی اللمعه: «لا یجب علی المشترط علیه فعله، و إنما فائدته جعل البیع عرضه للزوال بالفسخ، عند عدم سلامه الشرط، و لزومه عند الإتیان به» و هو کما تری.

و نحوه ما عنه أیضا فی بعض تحقیقاته، من أن الشرط الواقع فی العقد اللازم، إن کان العقد کافیا فی تحققه، و لا یحتاج بعده إلی صیغه فهو لازم لا یجوز الإخلال به، کشرط الوکاله فی العقد، و إن احتاج بعده إلی أمر آخر وراء ذکره فی العقد، کشرط العتق فلیس بلازم، بل یقلب العقد اللازم جائزا؛ و جعل السر فیه أن اشتراطه فی العقد کاف فی تحققه کجزء من الإیجاب و القبول، فهو تابع لهما فی اللزوم و الجواز، و اشتراط ما سیوجد أمر منفصل عن العقد، و قد علق علیه العقد، و المعلق علی الممکن ممکن، و هو معنی قلب اللازم جائزا، و إن کان هو أجود مما فی اللمعه، إلا- أنهما معا مشترکان فی اقتضاء الأدله خلافهما، و لعل منشأهما معا تخیل التعلیق فی الشرط هنا، بل کاد یکون الثانی کالصریح فی ذلک.

و قد عرفت أن لیس المراد منه هنا إلا الإلزام، و لو سلم فقد سمعت ما ذکره المحقق الثانی من أن الشرط حینئذ هو أن یملک علیه

الأمر المشترط، و هو حاصل بنفس العقد من غیر حاجه إلی أمر آخر، و لیس هو معلقا علی أمر ممکن، بل قد علق علی شیء حصل بتمام العقد، فالممکن حینئذ متعلق الشرط لا هو فتأمل جیدا.

۱- ۱ سوره المائده الآیه ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخیار الحدیث ۱- ۲- ۳.

بل لو لا الإجماع- ظاهرا على ثبوت الخيار فى حال تعذر الإجبار، مضافا إلى حديث الضرار(۱)

و خبر أبى الجارود(۲)عن أبى جعفر عليه السلام «إن بعت رجلا على شرط، إن أتاك بمالك، و إلا فالبيع لك»

بناء على أن المراد منه لزومه لك، نحو قولهم عليهم السلام فى غيره «فلا بيع له»- لأمكن عدم القول بثبوت الخيار أصلا، لما عرفت و لأن الشرط من طرف البائع مثلا كالثمن، فإن الامتناع منه فى غير التأخير ثلاثه أيام بالشروط السابقه لا يؤثر خيارا على الأصح، لأصاله اللزوم، و من ذلك يعلم أن المتجه الاقتصار على المتيقن من ثبوت الخيار، و لعله حال تعذر جبره على الحاكم لا على من له الشرط، و إن كان قد يظهر من بعض الأصحاب سهوله الأمر فى ثبوت الخيار، حتى لو احتاج إلى رفع أمره إلى الحاكم و المراجعه و الانتظار و نحو ذلك لم يجب عليه، و ربما يشهد له خبر أبى الجارود، و حديث الضرار، إلا أن الأحوط ما عرفت.

و على كل حال فله أى البائع إذا تعذر إجبار المشترى على العتق خيار فى الفسخ و رد المبيع مثلا، و الإمضاء بالثمن؛ و ليس له أرش الشرط على المشهور بين الأصحاب لأنه وصف فى المعنى، و لا يقابل بالثمن و كذا إن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار المزبور أيضا إلا أنه إذا فسخ يرجع بالقيمه وقت الموت؛ لأنه وقت الانتقال أو حين القبض، أو منه إلى الموت وجوه أقواها عندهم الأولى، لأنه وقت قيام القيمه مقام العين فى تعلق الحق الذى كان متعلقا بالعين، و لو كان معلقا على تعذر الفسخ، و لم أجد من احتمل حال الفسخ هنا؛ كما ذكروه فى بعض المباحث السابقه.

و على كل حال فالخيار بين الفسخ و الإمضاء بالمسمى، لكن فى القواعد و لو مات أو تعيب بما يوجب العتق أى قهرا، رجع البائع بما نقصه شرط العتق، فيقال كم

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷- من أبواب الخيار الحديث ۲.

قیمته لو بیع مطلقا و بشرط العتق فیرجع بالنسبه من الثمن، و له الفسخ فیطالب بالقیمه، و فی اعتبارها إشکال، بل احتمل فی التحریر أن له الأرش المزبور خاصه من غیر خیار، و لا ریب فی ضعفه، بل قد یظهر من المسالک الإجماع علی خلافه، کاحتمال عدم الخیار و الأرش أصلا، حتی لو کان عدم الشرط بتفریط من المشتری، أما الأول و إن قال الشهید فی حواشیه: إنه المنقول، بل قیل إنه حکاه فی المبسوط قولا، و وجه بأن الشرط یقتضی نقصانا و لم یحصل، و مقتضاه ثبوت الحکم فی کل شرط تعذر الوفاء به.

ففیه- مضافا إلی أن الشروط لا- یوزع علیها الثمن، و إن حصل باعتبارها نقصان، کالأوصاف و التدلیس الذی صرحوا بعدم الأرش فیه- أن الأرش لا یدرک به مصلحه الشرط، ضروره أنه برجوعه زائدا علی المسمی علی نسبه التفاوت بین القیمتین، یصیر کأنه باعه من دون اشتراط عتقه، فلم یحصل به مصلحه الشرط، و لعل هذا هو السر فی عدم الأرش للشرائط و الأوصاف، بخلاف العیوب التی ثبت الأرش فیها أیضا بالأدله.

نعم قد یقال: بالقیمه للشرائط القابله للتقویم، قال فی التذکره: «لو شرط علی البائع عملا سائغا تخیر المشتری بین الفسخ و المطالبه به أو بعوضه إن فات وقته، و کان مما یتقوم کما لو شرط تسلیم الثوب مصبوغا، فأتاه به غیر مصبوغ و تلف فی ید المشتری و لو لم یکن مما یتقوم تخیر بین الفسخ و الإمضاء مجانا، و لو کان الشرط علی المشتری مثل ان باعه داره بشرط أن یصبغ له ثوبه، فتلف الثوب تخیر البائع بین الفسخ و الإمضاء بقیمه الفائت إن کان مما له قیمه و إلا مجانا و هو لا یخلو من وجه و الله أعلم.

[النظر السادس فی لواحق من أحکام العقود]

النظر السادس فی لواحق من أحکام العقود الصبره لا یصح بیعها إلا مع المعرفه ب ما یرفع جهالتها من کیلها أو وزنها أو عدها أو نحو ذلک مما هو شرط صحه البیع کما عرفته سابقا، فإذا عرفها صح بیعها أجمع و بیع جزء منها مشاع ثلث أو ربع، و بیعها کل قفیز منها بدرهم، و بیع قفیز منها، أما بیع کل قفیز منها بدرهم، فلا یصح، للجهل بقدر المبیع المستلزم للجهل بقدر الثمن، خلافا للإسکافی، فأجازه فی المجهوله ف ضلا عن المعلومه کما ستسمع و لو باعها إی الصبره أو جزءا منها مشاعا أو کل قفیز منها بدرهم مع الجهاله بقدرها لم یجز، و کذا لو قال: بعتک کل قفیز منها بدرهم، أو بعتکها کل قفیز بدرهم خلافا للإسکافی فی الجمیع و ظاهر الشیخ فی الثالث، إلا أن الأول حکی الفاضل فی المختلف عنه بالنسبه إلی الصوره الأولی، جواز بیع الصبره تاره اکتفاء بالمشاهده عن اعتبارها، و اخری أنه لا بأس ببیع الجزاف بالجزاف مما اختلف جنساهما، لأن المقتضی و هو البیع موجود، و المعارض منتف، لانه إما مانع؛ الجهاله و هو منتف بالجهاله، هکذا وجد فی المختلف و الصواب «بالمشاهده» أو مانع تطرق الربا و هو منتف باختلاف الجنس، لکن لا ریب فی ضعفه علی کل حال، بل یمکن تحصیل الإجماع علی خلافه، فضلا عن محکیه فی المختلف علیه، إذ الجهاله نفسها مانعه، للنهی عن الغرر(۱)و المشاهده غیر کافیه فی ذلک قطعا.

و أما الصوره الثالثه ففی المختلف «أنه أطلق الصحه فیما إذا قال: بعتک هذه الصبره کل قفیز بدرهم، و لم یتعرض لکونها معلومه أو مجهوله» و عن ابن جنید «أنه لو وقع

البیع علی صبره بعینها، کل کر بکذا أو ماءه کر منها بکذا فقبض المشتری

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب آداب التجاره الحدیث- ۳.

البعض أو لم يقبض، ثم زاد السعر أو نقص، كان باقى الصبره أو الماءه للمشترى بالسعر الذى قاطعه عليه، و أما إذا اشترى كل كر منها بكذا و لم يشترط جميع الصبره، و لا مقدارا معلوما، كان بقدر ما وزن بسعر يوم الشراء» و ظاهره الصحه فيهما.

و فى المختلف «إن التحقيق الصحه إذا كانت معلومه المقدار، و إلا احتمل البطلان فى الجميع؛ و الصحه فى قفيز واحد كما قاله أبو حنيفه، أما بطلان البيع فى الجميع، فلانه مبيع مجهول المقدار، و الثمن فيه غير معلوم فكان باطلا، و أما صحته فى قفيز فلان بيع كل قفيز يستلزم بيع قفيز ما، فيصح، لتعينه و تعين ثمنه» و قول الشيخ يقتضى الصحه فى الجميع؛ لانه نقل كلام أبى حنيفه و لم يرتضه، و اختار كلام الشافعى، و مذهبه صحه الجميع، و على كل حال فضعف الجميع واضح، و إن اختلفت مراتبه، ضروره صدق الغرر فيه، الذى لا يزول بالتقدير المزبور قطعا، و الصحه فى الواحد بعد أن لم يكن مقصودا لهما كما ترى، نحو الصحه فى الصوره الرابعه التى لم يعلم قدر المبيع و لا قدر الثمن.

نعم لو قال: بعتك قفيزا منها، أو قفيزين مثلا صح كالمعلومه بلا خلاف و لا إشكال إذا علم اشتمالها عليه، بل ظاهر اللمعه ذلك و إن لم يعلم إلاـ أنه يجبر نقص المبيع لو تحقق بالخيار، و فيه أنه لاـ غرر أعظم من الشك فى الوجود؛ و لعله لذا كان خيره الأكثر العدم إلا أنه ينبغى تقييده بما إذا لم يكن هناك طريق شرعى يقتضى وجوده من أصل أو غيره، و لعل من اعتبر العلم أراد ما يشمل ذلك، بل يمكن إراده ما يشمل الاطمئنان منه و الأمر سهل.

إنما الكلام فى أنه هل ينزل على الإشاعه فى الصورتين، أو يكون المبيع ذلك المقدار فى الجمله و تظهر الفائده فيما لو تلف بعضها، فعلى الإشاعه يتلف من المبيع بالنسبه، و على الثانى يبقى المبيع ما بقى قدره، و يرجح الأول، عدم معهوديه ملك الكلى فى غير الذمه لا على وجه الإشاعه، بل ينحل إلى جهاله المبيع و إبهامه، و ما تسمعه فى بيع الثمار من أن

استثناء البائع أرطالا معلومه ينزل على الإشاعه من غير خلاف فيه بينهم قالوا:

فلو خاست الثمره بأمر من الله تعالى مثلا؛ وزع على النسبه و هو مثل المقام كما اعترف به فى الدروس.

لكن

فى الصحيح (۱)«رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: بعتک من هذا القصب عشره آلاف طن فقال

المشترى: قد قبلت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، و وكل المشترى من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع فى القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طن، و بقى عشره آلاف طن، فقال عشره آلاف التى بقيت هى للمشترى، و العشرون التى احترقت من مال البائع»

و هو يؤيد الثانى و به يفرق بين ما هنا، و بين ما فى بيع الثمار، إلا أنه قد يشكل صحه أصل البيع فيه بجهاله عين المبيع فيه الموجبه للضرر المنفى (۲)الموجب لفساد المعامله؛ و صرح الأصحاب- فيما لو باع شاه غير معلومه من قطيع- بالبطلان و إن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه لتفاوت أثمانها، بل صرحوا بالبطلان فيما لو فرقت الصبره صيعانا متمايزه، و اشترى مقدارا منها، فالأطنان إن كانت قيميه فمن الأول، و إلا فمن الثانى.

اللهم إلا أن يلتزم الأخير و يكون البيع غير ملاحظ فيه خصوص ذلک التميز، و إنما المراد مقداره، حتى لو أراد البائع تغيير الأطنان من غير نقصان للمقدار كان له ذلک لأن المفروض أن الجميع من أجمه واحده، فيصح حينئذ لأنه كبيع المقدار المعلوم من الصبره.

و لكن على كل حال فالمتجه الجمود على النص فى خصوص البيع بالفرض المزبور و لا يتعدى منه إلى غيره، كالصلح و ثمن الإجاره و مهر النكاح و نحو ذلک بناء على ما سمعت من أن ملک الكلى فى العين الخارجيه لا يكون إلا على الإشاعه و فرض المسأله

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۹ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳- ۵.

کون المبیع فی الذمه، و شرط التأدیه من الصبره خروج عن موضوع البحث و مقتضاه عدم البطلان، حتی لو تلفت الصبره أجمع؛ و إن تسلط علی الخیار بانعدام الشرط.

بقی شی ء و هو أن منشأ الوجهین علی الظاهر، الاختلاف فی تعیین مراد المتعاملین من العباره التی هی مورد العقد، لان ذلک حکم شرعی و إن لم یقصداه، فیخرج عن محل البحث حینئذ ما صرح فیه بقصد الإشاعه أو الکلی، إلا أنه قد یشکل صحه الثانی، بناء علی عدم ملک الکلی فی غیر الذمه لا علی وجه الإشاعه و خبر الأطنان (۱)لا دلیل فیه علی صحته، بل هو أعم منه و من الإشاعه، و إن کان قد خولف مقتضاها بجعل التالف عن البائع خاصه، فیکون حکما شرعیا تعبدیا لا یقاس علیه غیره.

بل قد یقال: إن هذا المعنی حکم مطلق بیع الصاع من الصبره، أما لو صرح به فلا دلیل علی جوازه و قد یحتمل فی أصل المسأله أن منشأ الوجهین الاختلاف فیما تقتضیه الأدله الشرعیه فی بیع مطلق الصاع من الصبره من غیر مدخلیه لتعرف قصد المتعاملین، بل لو علم خلوهما عن الأمرین معا، جاء الوجهان أیضا و لم یحکم بفساد المعامله، فتأمل جیدا، فإن التحقیق التنزیل علی الإشاعه، ضروره کونه کالمالین المختلطین، أو کالمال الذی اشتری أبعاضه، هذا کله فیما یتوقف رفع جهالته علی الاعتبار.

و أما بیع ما تکفی فیه المشاهده فإنه جائز مع حصولها بلا خلاف و لا إشکال، لحصول المقتضی و انتفاء المانع کأن یقول: بعتک هذه الأرض أو هذا الثوب، أو هذه الساجه بالجیم أو جزء منها مشاعا من غیر مسح لها، بناء علی کفایه المشاهده فی الثلاثه کما هو الأقوی، خلافا للشیخ فی المحکی من ظاهر خلافه، فمنع فی الأولین من دون مسح، و لا ریب فی ضعفه، سیما بعد اقتضاء العمومات الجواز و لا معارض و کذا ما لا یکون العد معتبرا فی معرفته، کقطیع الغنم، و جمله النخیل و الشجر و صبره الکتب و نحو ذلک، فیصح شراؤه بعد مشاهده کل واحد مثلا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹ من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث- ۱.

على وجه يعلم به، و إن لم يعرف عده ضروره عدم كونه كالدراهم و نحوها مما يتوقف معرفته على عده كما هو واضح.

نعم لو أراد بيعها ذرعانا ف قال: بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح إلا مع العلم بذرعانها بجملتها، لحصول الجهاله فى الثمن، و إن كانت هى معلومه بالمشاهده على وجه يصح بيعها، و هذا هو الفارق بينها، و بين الصبره المعلومه حيث صح بيعها كل قفيز بدرهم لأن معلوميتها، انما تكون من جهه الكيل، فيستلزم العلم بقدر الثمن، و لو اكتفينا بالمشاهده فيها كما ذهب اليه ابن الجنيد، اشترط فى بيعها كل قفيز بدرهم معرفه ما تشتمل عليه منه ليحصل بذلك العلم بقدر الثمن.

و لو قال بعتك عشره أذرع منها و عين ابتداء الموضع و منتهاه جاز قطعا بل فى المسالك و محكى التحرير الإجماع عليه، لكونه معلوما بالحد و المشاهده، فهى عين مشخصه لا- جهاله فى شى ء منها، و لو عين المبتداء أو المنتهى، فقال: من هنا إلى حيث ينتهى، أو إلى هنا من حيث يبتدى، صح أيضا مع فرض تشخص المبيع بدايته و نهايته فى الواقع، و إن جهل ذلك المتشخص، إلا- أن جهله ليس لصدقه على كثيرين، بحيث تكون أفرادا له حتى يكون المبيع كليا من بعض الجهات بل كان الجهل لعدم العلم بخصوص المحل الذى تنتهى إليه العشره و مثله غير قادح للأصل سواء كانت أجزاء الأرض أو الثوب متساويه أو مختلفه لأن الفرض مشاهدته لها أجمع، فارتفع الغرر من هذه الجهه، و ليست هى بأعظم غررا من بيع الثوب و الأرض برؤيه بعضها الذى لا- خلاف فى جوازه، و لا- من بيع شى ء مع عدم العلم بدخول ما يدخل فيه عرفا، مما يجوز معه النزاع، بل هذه الجهاله عند التأمل، كالجهاله بوزن العشره أقفزه مثلا أو بعلو الصبره التى تحصل منها أو نحو ذلك، ما لا تعد جهاله فى العرف و لذا استمر العمل على مقدار الاذرعه من الثياب من دون علم بما ينتهى اليه ذلك المقدار من المذروع منه استمرارا يمكن تحصيل العلم بتقرير المعصوم منه.

فما فی الدروس و عن المبسوط و الخلاف و ابن إدریس و القاضی و المقدس الأردبیلی من الصحه حینئذ قوی جدا، بل قیل إنه خیره الإرشاد و شرحه لولده، لکن عن غایه المراد أنه حکی ولد المصنف عن والده إصلاح صح «بلم یصح» حتی یوافق ما فی کتبه و فی المسالک «إن الأجود الصحه مع تساوی الأجزاء أو تقاربها، و إلا فالبطلان أجود» و کأنه أخذه مما عن غایه المراد من أنه قد ینصر الشیخ بأن هذا الاختلاف غیر قادح لأنه اختلاف مقاربه لا مفارقه مع غلبه تساوی الأجزاء المتجاوزه، و حینئذ فالأولی أن یحمل قوله تساوی أجزاء الأرض غالبا أو تقاربها، و فیه أنه بناء علی ما ذکرنا لا فرق بین تساوی الأجزاء و اختلافها، لأن جهالتها تتبع الکلی إذا لم یکن مشاعا منها، أما إذا کان شخصیا مشاهدا فلا جهاله فیه.

فالأولی بناء کلام الشیخ علی ذلک، لا علی ما ذکراه و إلا لاتجه الصحه و إن لم یعین المبدأ و لا المنتهی کما فی الصبره، لکون الفرض التساوی، أو التقارب، و قد صرح غیر واحد بعدم الجواز بناء علی عدم تساوی الأرض و کذا الثوب، و لذا قال:

فی المتن و لو أبهمه أی الموضع لم یجز لجهاله المبیع، و حصول التفاوت فی أجزائها، بخلاف الصبره نعم فی الدروس أنه لو باعه ذراعا من ثوب معلوم المساحه و قصدا معینا أو أن یختار أحدهما ما شاء، بطل، و إن قصد الإشاعه صح، و هو کذلک، إلا أنه غیر ما نحن فیه.

من ذلک کله ظهر لک أنه لو عین المبدأ و کان المبیع عشره أذرع کلیه بالنسبه إلی غیر محل الابتداء لم یصح قطعا کما إذا لم یعین مبدأ المبیع، و إن عین ما فیه المبیع بدایه و نهایه بناء علی اختلاف أجزاء الأرض علی وجه لا یمکن رفعها بالکلی، و إن شوهد جمیع أفراده الدائره بینها، اللهم إلا أن یقصد الإشاعه، فقد یقال: بالصحه، کما سمعته من الدروس و إن لم یعلم مساحه الأرض، إذا کان المبیع أذرعا معلومه، لکون المبیع حینئذ حصه مشاعه مقدره بالعشره أذرع مثلا، و الجهل

بنسبتها إلى المجموع حال العقد غير قادح، بعد الضبط بالأذرع، فيملك حينئذ فى كل جزء من الثوب على حسب نسبه العشره إلى المجموع، نحو ما سمعته فى بيع الصاع من الصبره، على تقدير التنزيل على الإشاعه، و اختلاف الأجزاء و تساويها لا مدخليه لها فى علم المبيع و جهالته، فإذا صح بيع الصاع من الصبره منزلا على ملك حصه من الصبره مشاعه تعلم بنسبه الصاع الى المجموع، و لا يقدح جهالتها حال العقد، فكذلك المقام.

بل قد ينقدح من ذلك و مما سمعته سابقا فى بيع الصاع من الصبره من انصراف مطلقه عندنا إلى الإشاعه، صحه نحو ذلك فى المقام، و إن لم يصرح بقصدها، فينزل حينئذ على الإشاعه المزبوره، و يكون صحيحا، و ما عساه يوهمه إطلاق بعض العبارات من عدم جواز مثل ذلك، بل و الصوره السابقه، يمكن دفعه بظهور الإطلاق فى غير ذلك، و أن المراد منه بيع مقدار مخصوص لا على جهه الإشاعه، و لا ريب فى بطلانه خصوصا فى مختلف الأجزاء فتأمل جيدا.

فإن الظاهر البطلان مع قصد النسبه بما ذكره من العدد على وجه يكون المبيع الكسر الذى يطابق النسبه المزبوره فى الواقع، لجهاله المبيع التى لا يرفعها ضبط النسبه المزبوره، و إلا لصح ذلك فى القيمى كأن يبيعه من العبد مثلا ما يقابل عشره من النسبه إلى مجموع قيمته، و هو معلوم الفساد، و لا ينافى ذلك القول بتنزيل الصاع من الصبره على الإشاعه، فإنه لا يراد منه وقوع البيع على الكسر الذى يكون نسبه الصاع إلى مجموعه، بل المراد منها أن المبيع كلى شائع فى مصاديقه فى الصبره كشيوع كلى الشاه فى الزكاه فى الأربعين فى وجه، و هذا و إن لم يكن من الاشتراك على اشتراك الكسور كالنصف و نحوه؛ و لكن حكمه حكمه بالنسبه إلى توزيع التالف على المجموع باعتبار عدم تعيين كلى كل من المالكين فى فرد مخصوص، بل هو مصداق لكل منهما و حينئذ فالتحقيق صحه بيع الكلى فى الشائع فى الافراد الخارجه، و لكن مع تساوى

الاجزاء كالصاع من الصبره على الوجه الذى ذكرنا، و كذا الأرض و الثوب مع فرض تساوى الاجزاء، و لا يصح مع اختلافها، أما بيعه على وجه النسبه بمعنى كون المبيع الكسر من الصبره أو الأرض المقدر بنسبه الصاع أو الذراع إلى المجموع فغير جائز فى متفق الاجزاء و مختلفها، و لعله بذلك تعرف الوجه فى إطلاقهم و الله أعلم.

و لو باعه أرضا مثلا- على أنها جربان معينه مصرحا بذلك أو بنى العقد عليه فكانت أقل فالمشترى بالخيار بلا خلاف و لا إشكال، إلا- أن الأكثر نقلا و تحصيلا بل فى الرياض أنه حكى الشهره عليه جماعه على كون الخيار بين فسخ البيع و استرجاع الثمن إن كان قد قبضه البائع و بين أخذها بحصتها من الثمن، و قيل:

بل بكل الثمن كما هو خيره الشيخ و القاضى و الفاضل و ولده و أبى العباس و الصيمرى على ما حكى عن بعضهم، بل هو ظاهر الوسيله و النافع و جامع المقاصد، و قواه فى الميسيه على ما قيل، و استوجهه فى المسالك و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، إذ المذكور و إن كان بصوره الوصف و الشرط الذين لا يوزع عليهما الأثمان لكنهما أجزاء من المبيع حقيقه خارجيه فيفوت بفواتها بعض المبيع حينئذ فيثبت الخيار المزبور لتخلف الوصف الذى هو بعض من المبيع، و بذلك افترق عن بعض الأوصاف التى لا- ترجع إلى أجزاء من المبيع، فكان الخيار فيها بتخلف الوصف بين الفسخ و القبول بتمام الثمن، لكون الفائت ليس جزء مبيع يقابل شيئا من الثمن، بل وصفه، و ما نحن فيه ليس من ذلك قطعا، بل هو لا ينقص عن وصف الصحه الذى يثبت الخيار بفقدها بالعيب بين الرد و القبول بالأرش، مضافا إلى

خبر عمر بن حنظله(۱)المنجبر بما سمعت قال فيه: «رجل باع أرضا على أن فيها عشره أجربه، فاشترى المشترى منه بحدوده، و نقد الثمن، و أوقع صفقه البيع و افترقا، فلما

مسح الأرض، فإذا هى خمسه أجربه، قال: إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض، و إن شاء رد المبيع و

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب الخيار الحديث- ۱.

أخذ ماله كله، إلا أن يكون إلى جنب تلك له أيضا أرضون، فليوفيه، و يكون البيع لازما، و عليه الوفاء بتمام المبيع، فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع، فان شاء المشترى أخذ الأرض و استرجع فضل ماله، و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله»

و اشتماله على ما نقول به مع إمكان تأويله، لا- يمنع من العمل بالباقى، و إشكال ذلك كله- بأن ما فات لا قسط له من الثمن، لاستحاله تقسيط الثمن على الأجزاء أو العلم، لعدم الفائت، و عدم المماثل له، فاستحال تقومه، فاستحال ثبوت قسط له، خصوصا إذا كانت الأرض المشتراه مختلفه الا-جزاء، و فرض الفائت من الجيد أو الردى تحكم، فاتضح أن الفوات هنا كفوات صفه كمال، و هو كم، و الكم عرض فكان كالتدليس، و فرق بينه و بين ما إذا باع عبدين، فبان أحدهما مستحقا، لأنه فى هذه لم يسلم المبيع، و هو مجموع العبدين، و هنا قد سلم المبيع و هو مجموع الأرض، و إنما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرات مثلا، و هذا وصف يعد كمالا، و لا يعد نقصه عيبا، و بأن التقسيط يؤدى إلى جهاله الثمن فى الجمله و التفصيل- يدفعه إمكان كون طريق التقويم بأن هذه الأرض المشخصه من غير زياده عليها و لا نقيصه على فرض أنها عشره أذرع، و لو للاشتباه فيها، قيمتها كذا و على فرض أنها خمسه قيمتها كذا، فينسب إحدى القيمتين إلى الأخرى، و يؤخذ من الثمن بنسبته، فلا يحتاج حينئذ إلى إضافه شى ء إليها كى يستشكل بأنه يستحيل تقويمه لعدم المماثل، حتى يجاب عنه بأن الغالب فى الأرض التساوى، فيفرض كونه مساويا لها، مع أنه قد يستشكل بأنه قد يفرض كونها مختلفه، فيلتزم كون الفائت مختلفا على نسبه اختلافها، إذا الجميع كما ترى، و لا- جهاله حال العقد بعد الإقدام منهما على مقابلتها بالثمن على أنها عشره، كما أنه لا يقدح الجهاله فى التقسيط بعد معلوميه المقابله فى الجمله.

و من ذلك ظهر لك الوجه فى قول المصنف و لو زادت كان البائع بالخيار بين الفسخ و الإجازه بجميع الثمن، و كذا كل ما لا يتساوى أجزاؤه لعدم موجب التقسيط

هنا ضروره اختصاص إيجاب التبعيض ذلک بالمشترى، فلم يبق إلا جهه تخلف الوصف الموجب ضررا على البائع لو كان البيع لازما فثبت له الخيار بالطريق المزبور و إلزام المشترى هنا بإعطاء ما يخص الزياده على نسبه الثمن، أو تخيره بين ذلک و بين الفسخ لا يوافق الضوابط الشرعيه؛ كاحتمال بطلان البيع كما فى القواعد.

و عن المبسوط بل عن التبصره أنه الوجه عندى لجهاله المبيع، لكون الزياده غير معينه، إذ فيه أن المبيع بحسب الصوره هو المجموع، و قد تجدد كون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحه العقد، على أن ذلک مبنى على كون الزياده للبائع، و هو خلاف التحقيق كما ستعرف، بل قد عرفت أن مبنى كلام المصنف، و من عبر كعبارته على ذلک، و من هنا كان لا يرد على المتن بقرينه ذيله، أن إيجابه التقسيط فى الأول قاض بالتبعيض، و إثباته الخيار المزبور هنا قاض بأنه من تخلف الوصف فيتدافع، إذ قد عرفت اجتماع الحيثيتين فى الأول بخلاف الثانى.

لكن قد يناقش بأنه و إن كان التبعيض لا يوجب تقسيطا بالنسبه إلى البائع، إلا أن مقتضاه كون الزياده للبائع كما صرح به بعضهم، و احتمله آخر و لا يكون له خيار حينئذ و احتماله- حينئذ للتضرر بعيب الشركه- يدفعه أولا أنه هو الذى غرر بنفسه، و ثانيا عدم الضرر عليه بعد أن كان قادما على مقابله الجميع بالثمن، فظهور الشركه فى الحقيقه نفع لا ضرر عليه، و التسلط بمثله على الخيار محل شک، بل منع لأصاله اللزوم.

نعم لا بأس به بالنسبه للمشترى حينئذ لأنه أقدم على كون الجميع له، فظهور الشركه فيه عيب بالنسبه إليه، بل لا يسقط حتى لو بذل البائع الزياده، لعدم وجوب القبول عليه، فلا ريب حينئذ فى ضعف الاحتمال المزبور، و أضعف منه حمل المتن عليه، ضروره ظهوره فى كون متعلق الخيار مجموع الأرض، بجميع الثمن.

فالتحقيق كون الزياده و النقيصه من واد واحد، و الظاهر أنه من تخلف الوصف

فيهما؛ لأن المفروض كون المبيع عينا مشخصه محدده غير قابله للزياده و النقيصه إلا أنه وصفها البائع بمقدار مخصوص، و أخذها المشترى على ذلك الوصف فتخلف، فحصل الضرر منه على البائع أو المشترى، فيثبت الخيار؛ فليس فى الحقيقه فواته مفوتا لجزء من المبيع، لما عرفت من أنه محدد مشخص غير قابل للزياده و النقيصه.

لكن الخبر المزبور(۱)الذى عمل به جماعه من الأصحاب أوجب التوزيع فى صوره النقصان، و لا محيص عن العمل به إن لم يحمل بقرينه ذيله على كون المبيع عشره معينه الابتداء إلى أن تنتهى، بناء على صحه ذلك، فبان قصورها عن العشر، فإن التوزيع هنا متجه، ضروره كون مورد البيع المعدود من حيث العدد، إلا أنه خلاف الظاهر، و ذيله- بعد أن انفرد الشيخ بالعمل به فى النهايه التى لم تعد للفتوى، فلا جابر له بالنسبه إلى ذلك- لا بأس بطرحه أو تنزيله على ما يوافق الضوابط و إن بعد، و لا يمنع من العمل بما تضمنه من التوزيع المزبور.

و منه يعلم حينئذ الحال فيما لو نقص ما يتساوى أجزاؤه فإنه ى ثبت الخيار للمشترى بين الرد و أخذه بحصته من الثمن وفاقا للشيخ و الفاضل فى بعض كتبه و الشهيدين فى الدروس و اللمعه و غايه المرام على ما حكى عن بعضها، بل عن الأخير أنه المشهور، بل هو

لازم لجميع من عرفته ممن قال به فى مختلف الأجزاء ضروره أولويته منه بذلك، و لذا أرسله بعضهم فى ضمن الاستدلال إرسال المسلمات، بل ظاهر المقداد فى التنقيح أو صريحه، أنه لا كلام فيه لإمكان توزيع الثمن فيه على أجزائه، فلا مانع فيه من هذه الجهه، بل إذا كان منه ما لا- يضبط إلا- بالوزن و نحوه، و لا- تكفى فيه المشاهده، كما هو الغالب فيه بكون التقدير فيه ملاحظا فى المبيع أولا و بالذات، فكأنه باعه المقدر من حيث التقدير، فيفوت البعض بفواته.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴- من أبواب الخيار الحديث ۱.

إلا أن الإنصاف كون العمده إلحاقه بمضمون الخبر المزبور(۱)و إلا فمتساوی الأجزاء، و إن كان يمكن توزيع الثمن عليه، و ليس فيه المانع المزبور، لكن بعد أن كان عينا مشخصه لا تزيد و لا تنقص صار التقدير المفروض فيها وصفا أيضا، حتى لو كان وزنا و نحوه، إذ هو طريق إلى المعلوميه المسوغه للإقدام على البيع كالوصف، لا أنه بعض مبيع؛ و لذا كان خيره الفاضل فى القواعد التخيير فيه بين الرد و الأخذ بالثمن، بل هو المحكى عن ولده فى الإيضاح، و عن الشهيد فى حواشيه و الميسيه و الكفايه أنه أقوى، و فى المسالك أنه متجه، و مال إليه فى جامع المقاصد، إلا أن فيه إعراضا عن الخبر المزبور، المنجبر بما عرفت، فالتوزيع هو الأقوى.

نعم هو متجه فيما لو زاد، فيتخير البائع بين الرد و القبول بالثمن المسمى، كما سمعته فى مختلف الأجزاء وفاقا للفاضل فى القواعد، و المحكى عن ولده فى شرح الإرشاد و مال إليه المحقق الثانى و المقدس الأردبيلى على ما حكى عنه، بل ربما قيل إنه لازم لكل من قال به فى مختلف الأجزاء ممن عرفت، فحينئذ يكون الزياده للمشترى، و لا خيار له حينئذ، لأن المتضرر بفوات الوصف البائع دونه، خلافا للمبسوط و التحرير و الإرشاد و التبصره و التنقيح و ظاهر موضع من الدروس، فجعلوا الزياده للبائع على ما حكى عن بعضها، بل فى مجمع البرهان لا شك فى أنها له، بل فى التنقيح لا كلام فيه، و لعله لا يخلو من قوه فيما يعتبر فيه الوزن و الكيل و العدد، إذ التزام دخول الصبره المبيعه بعنوان أنها وزنه فى ملك المشترى و إن كانت وزنتين لا يخلو من صعوبه.

و على كل حال فالمتجه ثبوت الخيار للمشترى، لأنه خلاف ما قدم عليه، و للتضرر بالشركه دونه، نحو ما سمعته فى مختلف الأجزاء فمن الغريب ما فى القواعد و التحرير من عدم الخيار له على هذا التقدير، و لعله لعدم التضرر، فهو كالصاع من الصبره إلا أنه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب الخيار الحديث ۱.

کما تری، فتأمل جیدا فی جمیع ما ذکرنا، فإن منه یظهر لک الخلل فی جمله من کلمات الأصحاب فی مواضع متعدده و اللّه أعلم.

و لو جمع بین شیئین مثلا مختلفین فی کون کل منهما مورد عقد مخصوص فی عقد واحد بثمن واحد کبیع و سلف فقال: بعتک هذا العبد و عشره أقفزه حنطه موصوفه بکذا مؤجلا إلی کذا بمأه درهم أو إجاره و بیع فقال:

آجرتک الدار و بعتک العبد بکذا أو نکاح و إجاره فقال: أنکحتک نفسی و آجرتک الدار بکذا صح بلا خلاف أجده فیه، و إن أوهمه نسبه بعضهم إیاه إلی الأکثر بل قیل صرح فی المبسوط بأن فیه خلافا عندنا، لکنه احتمل إرادته من العامه.

نعم عن الأردبیلی أنه تأمل فیه، و لعله للشک فی نقل مثل هذا العقد الذی لا یدخل فی اسم کل منهما، و إلا اعتبر فیه ما یعتبر فیهما، و لأن الجهاله و الغرر و إن ارتفعا بالنسبه إلی هذا العقد، إلا أنهما متحققان بالنسبه إلی البیع و الإجاره، و قد نهی الشارع عنهما فی کل منهما](۱)و ارتفاعها بالنسبه إلی مجموع العقد غیر مجد، و لیس هو کالمبیعین الذین فسد البیع بالنسبه إلی أحدهما، للاکتفاء فیه بمعلومیه ثمن المجموع الذی هو مبیع و الجهل بالتقسیط غیر قادح بعد أن کان بالنسبه إلی جزء المبیع لا إلی مجموعه، بل لعل مثل ذلک غیر قادح حتی مع العلم بالفساد من أول الأمر، لصدق معلومیه ثمن المبیع، و لو کان البیع فی بعضه فاسدا بخلاف المقام الذی ثمن تمام المبیع فیه مجهول، و إن کان هو معلوما بالنسبه إلی مجموع العقد.

اللهم إلا أن یقال: إن المعلوم من قدح الجهاله ما إذا کان البیع عقدا مستقلا لا جزء عقد، فإطلاق الأدله بحاله، کما أن عموم قوله

تعالی (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» کاف فی ثبوت مشروعیته، بعد ظهور اتفاق الأصحاب علیه، الذی یکفی فی ثبوت معهودیته، فتشمله الآیه

۱- ۱ الوسائل الباب ۴۰ من أبواب آداب التجاره الحدیث ۴ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۰.

۲- ۲ سوره المائده الآیه ۱.

و إن قلنا بأن اللام إشاره إلى العقود المتعارفه، إذ لا طريق لنا إلى ذلك إلا كلام الأصحاب، فيكفى حينئذ معلوميه العوض لهذا العقد الذى هو فى الصوره عقد واحد و فى المعنى عقدان أو عقود، و لذا يجرى عليه حكم كل منها لنفسه من غير مدخليه للآخر نحو خيار المجلس و غيره، كما هو واضح، إلا أنه من حيث اتحاد القبول فيه- باعتبار عدم الدليل على اعتبار القبول بعد العقد على وجه لا يشاركه غيره فى معناه- واحد.

و حينئذ فإن احتيج إلى أن يقسط العوض لتعدد المالک أو غيره قسط على قيمه المبيع و أجره المثل بلا خلاف و لا إشكال و على مهر المثل بلا خلاف أيضا إلا أنه أشكل بأن المفوضه ترجع إلى مهر السنه لو زاد مهر المثل عنه، و هنا لما لم يتعين لها مهر مقدر ابتداء أشبهت المفوضه، فلا يتم إطلاق مهر المثل، و يدفع بأنها هنا ليست مفوضه بل مسماه المهر، غايته عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء، على أن الرجوع إلى مهر السنه على تقدير زياده مهر المثل محل تأمل أو منع.

نعم هو مسلم بالنسبه إلى مفوضه البضع، و هذه ليس منه قطعا كما هو واضح، و لو كان

أحد الأعواض مؤجلا، قسط عليه كذلک، فلو باعه عبدا يساوى عشره حالا، و عشرين مؤجلا فباعه مؤجلا، و أجره داره مده سنه بعشرين، و العوض عشرون، فإنه يقسط بينهما بالسويه و كذا يجوز بلا خلاف بل و لا إشكال بيع السمن بظروفه مع العلم بوزن المجموع الكافى عن معلوميه وزن كل منهما، بعد إقدام المشترى على الرضا بكون سعر الظرف سعر الدهن، فإذا احتيج إلى التقسيط قسط على ثمن مثلهما، بأن يقال:

قيمه الظرف مثلا درهم، و قيمه السمن تسعه فيخص الظرف عشر الثمن و لو قال: بعتک هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم بعد العلم بوزن المجموع كان جائزا أيضا لما عرفت

من وجود المقتضی و ارتفاع المانع، و التقسیط فیه بأن یوزن الظرف منفرد أو ینسب إلی الجمله، و یؤخذ له الثمن بتلک النسبه، و بذلک افترق هذا المثال عن الأول کما هو واضح و اللّه أعلم.

[الفصل الخامس فی أحکام العیوب]

اشاره

الفصل الخامس: فی أحکام العیوب من اشتری مطلقا أو بشرط الصحه اقتضی سلامه المبیع من العیوب بلا خلاف و لا إشکال فی الثانی؛ بل و الأول إن کان المراد الاقتضاء شرعا، أما عرفا فلا یخلو من إشکال، خصوصا بعد عدم الانصراف فی مثل التکالیف و الوصایا و نحوهما و أصاله السلامه لا- تقتضی إراده السالم من الإطلاق، و إلا لاقتضت فی الجمیع، بل لم یکن المعیب بعض أفراد المبیع لو کان کلیا.

اللهم إلا ان یفرق بینها و بین البیع بل جمیع عقود المعاوضات، و الإطلاق إنما یقتضی السلامه فی المبیع، لا أن المبیع السالم، فلا ینافی کون المعیب فردا هذا. و لکن مع ذلک لا یخلوا الانصراف المزبور عرفا من تأمل فی بعض الأحوال، خصوصا بالنسبه إلی بعض العیوب و الأمر سهل، لکن صریح جماعه أن الشرط المزبور بعد تسلیم الانصراف المذکور مؤکد بل لم أجد قائلا بغیره.

نعم فی المسالک «و ربما قیل: إن فائده اشتراط الصحه جواز الفسخ و إن تصرف لو ظهر عیب، فیفید فائده زائده علی الإطلاق کاشتراط الحلول» و هو متجه، و إن قال بعض مشایخنا إنی لم أجد هذا القول لأحد من العامه و الخاصه، ضروره أنه لا بأس باجتماع الجهتین عملا- بالدلیلین الغیر المتنافیین، نعم قد یتوقف فی أصل صحه اشتراط ذلک کسائر الصفات فی الأعیان الشخصیه، لظهور أدله الشرط فی أنه مما یکلف المشترط علیه بالوفاء به، و فی الفرض لا- یتصور ذلک علی تقدیر عدم الاتصاف، إلا أنه قد یمنع اعتبار ذلک فی الشرط، و إن کان فائدته حینئذ أنه فی مثل ذلک قلب اللازم جائزا،

فتأمل جيدا و اللّٰه أعلم.

و كيف كان فان ظهر به عيب سابق على العقد فالمشترى خاصه بالخيار، بين فسخ العقد و أخذ الأرش إجماعا محصلا، و محكيا مستفيضا، صريحا و ظاهرا، و هو الحجه مضافا إلى ما أرسله- فى محكى الخلاف من الأخبار و خبر الضرار(۱)و

فقه الرضا(۲)بناء على حجيته «إن خرج فى السلعه عيب و علم المشترى فالخيار إليه إن شاء رد و إن شاء أخذ أو رد عليه بالقيمه أرش المعيب»

و الظاهر زياده أو فيه كما عن بعض الأجله، و لعل المراد «الهمزه»- و الى المعتبره التى منها

مرسل جميل (۳)عن أحدهما عليه السلام «فى الرجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد به عيبا قال: إن كان قائما رده على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب»

و غيره إلاـ أنه ليس فيها جميعا ذكر الإمضاء مع الأرش، بل ظاهرهما الرد خاصه كما اعترف به فى الرياض، لكن قال: «إن الإجماع و لو فى الجمله كاف فى التعديه».

قلت: إن لم يثبت أولويه ثبوت الأرش قبل التصرف المزبوره منه بعده، لوضوح منعها، أو أن ثبوته- لأنه عوض جزء من المبيع- قد فات، فهو كمقابل أحد المبيعين من الثمن لو بطل البيع فيه، بناء على مقابله أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، و يكون استحقاق المشترى له على القاعده، كما فى تبعض الصفقه؛ و فيه أنه أوضح منعا من الأولويه المزبوره لعدم ثبوت التوزيع المزبور قصدا و لا شرعا على وجه يتناول الحكم المذكور، بل تصريحهم بأنه

يسقط بالإسقاط بعد العقد، بحيث لا يصح الرجوع منه بعده كما ستعرف ينافيه ضروره عدم صحه تسلطه على الأعيان، و لو كان بمنزله الهبه جاز الرجوع فيها، فالعمده حينئذ فى ثبوته ما عرفت.

و قد يظهر من المتن و غيره، أن الخيار المزبور عند ظهور العيب؛ لا أنه كاشف عن

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳- ۵.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۸.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الخيار الحديث ۳.

ثبوته حال العقد؛ لكن يمكن عدم إراده ذلك منها، و إن اقتضاه ظاهر التعبير المساق إلى بيان أن ثمرته عند الظهور، لعدم تصور فائده له قبل العلم غالبا، لكن فيه إن له ثمرات. منها- إسقاطه بالتصرف قبل ظهوره، و لولا أنه ثابت لم يتصور سقوطه به، إلا أن يكتفى بوجود سببه و كذا إسقاطه، و منها- أنه لو فسخ قبل ظهوره أثر الانفساخ حينه و لو تأخر الظهور عن ذلك فتأمل جيدا، و الظاهر ثبوت الخيار المزبور في العيب في الثمن، و إن خلت عنه أكثر النصوص و الفتاوى إن لم يحمل المبيع فيها على ما يشملهما، و هو كما ترى، و لا ينافي ذلك قول المصنف خاصه ضروره كون المراد ذلك بالعيب في المبيع و اللّٰه أعلم.

و كيف كان ف يسقط الرد و الأرش بالتبرى من العيوب بأن يقول:

بعتك هذا بكل عيب، أو و أنا برى ء من كل عيب، أو نحو ذلك مما لا يفرق فيه بين العيوب ظاهره أو باطنه، معلومه أو غير معلومه، حيوانا كان المبيع أو غيره، إجماعا محكيا صريحا عن الخلاف و الغنيه و التذكره، و ظاهرا في غيرها إن لم يكن محصلا، ضروره كون المراد البراءه مما رتب الشارع عليه من الحكم، و هو الرد أو الأرش، فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط، حتى لو ذكره قبل العقد، و بنياه عليه بناء على أنه حينئذ كالمصرح به فيه، و لأن المشترى حينئذ راض به على ذلك، فهو كما لو علم به و أقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك، بل قد يقال إن في شمول أدله الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل ظاهرها خلافه، فيبقى أصاله لزوم العقد و أصاله برأيه الذمه من الأرش بلا معارض.

مضافا إلى مفهوم

الحسن أو الصحيح (۱)«أيما رجل اشترى شيئا فيه عيب أو عوار، و لم يتبرء إليه منه و لم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العيب و ذلك العوار أنه يمضى عليه البيع، و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»

و

خبر جعفر بن عيسى (۲)قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الخيار الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۸ من أبواب أحكام العيوب الحديث ۱.

يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برى ء من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشترى و رضيه و لم يبق إلا نقد الثمن، فربما زهد فإذا زهد فيه ادعى عيوبا و أنه لم يعلم بها، فيقول: له المنادى قد تبرئت منها، فيقول المشترى: لم أسمع البراءه منها، أ يصدق؟ فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدق فيجب؟ فكتب عليه الثمن»

الذى يمكن تقرير الدلاله فيه على المطلوب بوجهين.

و يصح التبرى من العيوب المتجدده، بل ظاهر التذكره الإجماع عليه، لأن المراد التبرى من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد، فليس براءه مما لم يجب، على أنه يمكن منع عدم صحته على جهه الشرطيه. ثم على الصحه فالظاهر شمول إطلاق البراءه من العيوب لها، و إن كان المنساق أولا إلى الذهن العيوب الموجوده حال العقد.

و كذا يسقطان بالعلم بالعيب قبل العقد بلا خلاف أجده، لأن إقدامه معه رضا منه به، و لا خلاف فى الغنيه فى سقوط خيار العيب به حينئذ، مضافا إلى أصلى لزوم العقد و براءه الذمه من الأرش، ضروره ظهور أدله الخيار المزبور فى غير الفرض و إلى مفهوم خبر زراره(۱)المتقدم المتمم بعدم القول بالفصل بين عدم الأرش و الرد معه، بل قد يقضى إطلاقه كالفتاوى السقوط به فيما لو علم به ثم نسيه، و هل يصح شرائه من العالم مصرحا ببقاء خيار العيب له؟ و نحو ذلک مما يرفع

دلاله العلم على الرضا به معيبا؟ الأقوى ذلک، لأنه كالشرط حينئذ، بل لو اقتصر على خصوص الرد من مقتضى العيب صح أيضا لذلک، و أما لو اقتصر على الأرش فقد يحتمل البطلان، التجهل الثمن حينئذ، و يحتمل الصحه الكتفاء بعلم الثمن بالجمله كما لو باع ما يصح و ما لا يصح مع العلم به.

و يسقط الخيار المزبور أيضا بإسقاطه بعد العقد بلا خلاف، لأنه من الحقوق التى تسقط بالإسقاط، كما عرفته فى الخيارات السابقه، فيسقط الرد حينئذ

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الخيار الحديث- ۲.

و كذا الأرش، لأنهما هنا متعلقاه، فإسقاطه إسقاطهما معا، و لو اقتصر على إسقاط أحدهما صح و إن اتحد سبب استحقاقهما كما هو واضح، و يمكن استفادته من العباره.

و يسقط الرد خاصه بإحداثه فيه حدثا كالعتق و قطع الثوب بلاـ خلاف معتد به بل فى المختلف و عن شرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده على نحو ما سمعته فى الخيارات السابقه؛ ضروره اشتراكه معها فى أن له الفسخ و إن زاد عليها بالأرش، فيسقط ما به الاشتراك ما يسقطها، و لذا كان البحث السابق فى التصرف المسقط آتيا هنا مضافا، إلى مرسل جميل (۱)و خبر زراره(۲)السابقين الدالين على ثبوت الأرش لعدم دلاله التصرف على إسقاطه شرعا و لا عرفا، خلافا لما عن ابن حمزه فى الوسيله فأسقط الأرش به إذا

كان بعد العلم به، و لا ريب فى ضعفه للأصل و إطلاق النص (۳).

بل فى صريح الغنيه أو ظاهرها الإجماع عليه، مؤيدا بالتتبع لفتاوى الأصحاب صريحها و ظاهرها، بل عن شرح الإرشاد للفخر الإجماع على ثبوت الأرش، على أن فيما حضرنى من نسخه الوسيله «و إن علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد و الأرش، لأن تصرفه ليس بموجب لرضاه» و تعليله إنما ينطبق على أن له الأرش، و لعل الاسقاط من النساخ، و الا فلا ريب فى ضعفه، كضعف ما عن المبسوط من أن التصرف قبل العلم لا يسقط الخيار؛ للأصل المنقطع بما عرفت، و مفهوم خبر زراره المحتمل لأن يكون المراد منه أنه لو أحدث فيه شيئا ثم علم به لم يكن له الخيار، لاـ أن الحدث إذا كان بعد العلم ينفى الخيار، حتى يستدل بمفهومه على أن الحدث قبله لا ينفيه، بل لعل المراد منه أنه لا يتحقق ثبوت الخيار إذا لم يكن علم به، فتأمل جيدا، و ما عنه أيضا من أنه إن كان بيع المشترى له قبل علمه بالعيب و عاد إليه فله رده، و ما عنه أيضا و المقنعه و النهايه من أن الهبه و التدبير لا يمنعان من الرد لأن له الرجوع فيهما بخلاف العتق، لما عرفت من إطلاق النصوص و الفتاوى و معاقد الإجماعات و اللّه أعلم.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶- من أبواب الخيار الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶- من أبواب الخيار الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۶- من أبواب الخيار الحديث ۳- ۲.

و كـذا يسـقط الرد بحدوث عيب بعد القبض غير مضـمون على البائع بلا خلاف أجده فيه، بل عن شـرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه، و فى محكى

الخلاـف الإجمـاع و الأخبـار على أنه ليس له رده إلاـ أن يرضـى البـائع بـأن يقبله ناقصا فيكون له رده، و أنه يكون له الأرش إن امتنع البائع من قبوله معيبا، و عن موضع من المبسوط «إذا باع عبـدا و قطع طرف من أطرافه عنـد المشترى، ثم وجد به عيبا قديما سقـط حكم الرد إجماعـا و وجب الأـرش» و عنه أيضـا «نفى الخلاف عن أن له الأرش إذا امتنع البائع من قبوله» و لعل مراده من الشرط أن له رده إن أراده إذا لم يمتنع البائع من قبوله، لا نفى الأرش حينئذ و إن اختاره.

لكن فى التحرير «لو تعيب عنـد المشترى لم يكن له رده، فلو اختاره البائع جاز و أو أراد المشترى الأرش حينئذ قال الشـيخ: ليس له ذلـك، و الوجه عنـدى أن له الأـرش إن اختـاره و لو امتنع البـائع من قبوله معيبـا كـان للمشترى حق الأرش قولا واحـدا» و فى الـدروس «و ثانى الأمور المسـقطه للرد دون الأرش، حـدوث عيب عند المشترى مضـمون عليه، إلا أن يرضـى البائع برده مجبورا بالأرش أو غير مجبور، و لا يجبر البائع على الرد و أخـذ الأرش، أى أرش العيب الحادث، و لا يتخير المشترى بينه و بين المطالبه بـأرش السـابق، و لو قبل البائع الرد لم يكن للمشترى الأرش بالعيب الأول عنـد الشـيخ» و قـد فهما منه الخلاف فى ذلك، و على تقـديره فلاـ ريب فى ضـعفه، للأصل و إطلاق الأدله و الإجماع السابق المعتضـد بفتاوى الأصـحاب، بل إن لم يثبت إجماع على سقوط الرد به مطلقا لأمكن المناقشه فيه، إذا لم يكن من جهته بحيث يعد تصـرفا فيه، لعدم معارض للأدله المزبوره؛ خصوصا مع عدم سـقوط غيره من الخيار بذلك، بل قد عرفت عدم سقوطه فيما لو تلف بآفه سماويه فى وجه، فضلا عن التعيب، و تعليل غير واحـد من الأصـحاب السـقوط هنـا بـأنه لمـا كـان مضـمونا عليه كـان بمنزله إحـداثه فيه حـدثا، و لو كـان من غير جهته فنقصانه محسوب عليه، فيمنع الرد و يثبت الأرش حينئذ لذلك كما ترى، و إلا لجرى فى غيره من الخيارات.

نعم يتجه جبره بالأرش لو أراد رده لنفى الضرر، و لعله لذا قال فى الغنيه: «فان لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدم دون الحادث إن اختار ذلك، و إن اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثا» و ظاهره عدم سقوط الرد بذلك و هو جيد على الوجه الذى قلنا ان لم يثبت إجماع على خلافه أو يدعى دلاله مرسل جميل (۱)المشتمل على اشتراط الرد بقيام الثوب بعينه، و أنه متى قطع أو خيط أو صبغ تعين الأرش أو يدعى أن مفهوم الرد لا يتحقق إلا مع عدم تعيب العين، و الجبر بالأرش لا يصيره ردا حقيقه مضافا إلى أصاله لزوم العقد التى يجب الاقتصار فى خلافها على المتيقن و هو غير الفرض.

نعم يمكن القول ببقاء الرد بالعيب السابق إذا كان العيب الحادث من البائع، و إن كان قد يشمله المتن و نحوه، بل و من وصف العيب بكونه غير مضمون على البائع؛ ضروره كون

المراد إخراج صوره الخيار و نحوها مما كان العيب فيه مضمونا عليه، لا مثل الفرض الذى كان الضمان فيه عليه نحو ضمان الأجنبى لو كان جانيا، إلا أن المتيقن من إطلاقها و إطلاق معاقد الإجماعات السابقه غير ذلك، فيبقى على أصاله الرد هذا و فى القواعد لو كان العبد كاتبا أو صائغا فنسيه عند المشترى لم يكن له الرد بالسابق و لعله لأن نسيان الصنعه عيب، أو أنه مغير للعين تغييرا يمنع من ردها، و مثله نسيان الدابه الطحن و اللّه أعلم.

و كيف كان ف لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب السابق قطعا، بل يمكن تحصيل الإجماع فضلا عن محكيه؛ لكونه مضمونا على البائع، و لذا كان للمشترى الرد به، فضلا عن العيب السابق بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه غير واحد.

نعم اختلفوا فى ثبوت الأرش به، و قد تردد المصنف فيه سابقا، و ذكرنا التحقيق فيه فيما تقدم فلاحظ، إنما البحث الآن فى العيب السابق و لا إشكال فى ثبوت الرد و الأرش

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الخيار الحديث- ۳.

به معه، كما عرفت، و مثله حدوث العيب من غير جهه المشترى فى الثلاثه لو كان المبيع حيوانا، لأنه أيضا مضمون على البائع، فلا يمنع حكم العيب السابق، و كذا كل خيار مختص بالمشترى، بناء على إلحاقه فى ثلاثه الحيوان فى الضمان لما يحدث فيه، كما تقدم تحقيق الحال فيه، و الظاهر تعدد سبب استحقاق الرد حينئذ، و تظهر الثمره فى أمور، فما عن المصنف- من أن له الرد بأصل الخيار، لا بالعيب الحادث، و ابن نما بالعكس- فى غير محله، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالسببين كما هو واضح، على أنه لم نتحقق هذه الحكايه عنهما فى المقام.

نعم ستسمع كلامهما فى حدوث العيب فى ثلاثه الحيوان و تحقيق الحال فيه، و هو غير المقام، اللهم إلا أن يراد جريان نظيره هنا، لكنه لا يتم فى المحكى عن ابن نما هناك من إيجاب الرد و الأرش، لكن يمكن البحث فى المسأله لنفسها، بفرضها فى العيب المتجدد قبل القبض مثلا، و كان معيبا سابقا، فهل يتعدد سبب الخيار فى الرد بهما لكونهما سببين، أو يخص بالأول، لأنه المؤثر، و لا أثر للثانى لكونه تحصيل الحاصل لأن جنس العيب اتحد أو تعدد هو السبب، أو يخص بالثانى باعتبار انقطاع حكم الرد بحدوث العيب، و إن كان مضمونا على البائع لإطلاق دليله، و يبقى حكم الرد للثانى، إلا أنه لا يخفى عليك ضعف الأخير، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه كما عرفت.

و أما الثانى فله وجه لو كان دليل الخيار به مستفادا من دليل الخيار بالأول، ضروره كونه حينئذ كتعدد القديم فى ظهور عدم تعدد الخيار به، على وجه يصح إسقاطه من جهه واحد دون الآخر؛ لكون المجموع بعد وجدانها دفعه أو تدريجا سبب واحد.

نعم قد يقال: لو وجد أحدهما ثم رضى به ثم وجد آخر كان له الرد به؛ لظهور الأدله فى سببيه الثانى حينئذ، ضروره كونه كما رضى بالعيب قبل العقد فوجد غيره؛ لكن

من المعلوم عـدم ظهور هـذه الأدله فی المتجـدد، بل هی کالصـریحه فی السابق، و حینئـذ یکون السابق صـنفا، و المتجـدد آخر فیعمل کل مقتضاه، و سقوط الرد من أحدهما لا یقتضی سقوطه من آخر، فتأمل جیدا فإن المسأله محتاجه بعد إلی تنقیح.

فقـد تلخص لـک من ذلـک مـا یسـقط الرد و الأرش، و الأول خاصه، لکن کان علیه ذکر الانعتاق قهرا من القسم الثانی، کما لو اشتری أباه ثم وجـد به عیبا فإنه یتعین الأرش هنا لعدم التمکن من الرد اللهم إلا أن یتکلف إدراجه فی التصـرف أو غیره أو یقال بثبوت الرد فیه، لکن بـدفع القیمه عوضا عنه لمعلومیه بـدلیتها، و إن کان قد یدفع الأخیر ما سـتعرفه من أن التلف هنا مسـقط للرد بالعیب، و یبقی الأرش، فالانعتاق قهرا منزل منزلته، و الأمر سهل.

و قد یسـقط الأرش و یبقی الرد فیما لو اقتصـر علی إسـقاطه دون الرد، و فیما لو زادت قیمه المعیب عن الصحیح أو ساوتها، کما لو ظهر العبـد خصـیا، فـإن المشتری یتخیر بین الرد و الإمساک مجانا، لعـدم الاطلاع علی قـدر نقص القیمه الـذی هو المـدار فی نقص المالیه، بل أصاله براءه الذمه کافیه فی نفیه، بعد ظهور أدله ثبوته أو صـراحتها فی غیره من العیوب التی تنقص القیمه، و لا یجری مثله فی الرد بعد فرض کونه عیبا بلا خلاف أجده فیه.

بل ظاهر التـذکره و جامع المقاصـد الإجماع علی ثبوت الخیار به، بل هو مقتضـی ما رواه ابن مسـلم (۱)لابن أبی لیلی فی الشعر علی الرکب، فـالرد به حینئـذ لاـ إشـکال فیه، و إن احتمـل بعض متـأخری المتـأخرین عـدمه، کالأـرش للأصل، و ظهور نصوص الرد(۲)فی العیب المنقص للقیمه لا ما زاد فیها، لکن فیه منع واضـح بعد ما عرفت، بل قد یظهر من إطلاق الفتاوی کون العیب ما زاد عن الخلقه أو نقص، و أن فیه الرد و الأرش ثبوته فیه، و لذا استشـکل فیه غیر واحد من المحققین، و لعل طریق تأریشه حینئذ إلغاء

۱- ۱ الوسائل الباب ۱- من أبواب أحکام الغیوب الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱- ۸ من أبواب أحکام العیوب.

ما يترتب على الخصاء من المنفعه التى هى بالنسبه إلى بعض أفراد الناس.

كالحكام و السلاطين، ثم تقويمه فحلا صالحا للنسل، و لما يقدر عليه الفحول من الأشغال، و لا ريب فى حصول النقص حينئذ و إن كان قد يناقش بأن ذلك إضرارا على البائع خصوصا إذا كان حيوانا يراد منه كثره لحمه و شحمه، و حرمه الفعل فى الآدمى بل و فى غيره كما عن نهايه الاحكام؛ نسبته إلى علمائنا، لا تنافى زياده المال من جهته، و ربما لا يكون البائع فاعلا له، بل قيل أن المصرح بجوازه فى غير الآدمى كثيرون، خلافا للقاضى و التقى خاصه فلم يجوزاه.

و كيف كان فالأرش محل نظر، سيما فى شعر الركب و نحوه مما لا طريق الى الفرض المزبور

فيه. نعم يمكن القول بعدم سقوط الرد هنا بالتصرف قبل العلم فيه، و بحدوث عيب لا من جهته للضرر معه، و من هنا قال فى الدروس: «لو زادت قيمه المعيب عن الصحيح كما فى الخصى احتمل سقوط الأرش، و بقاء الرد لا غير؛ و قد يشكل مع حصول مانع من الرد كحدوث عيب أو تصرف، فإن الصبر على العيب ضرار، و الرد ضرار» و نحوه فى المسالك «و زاد و يمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالماليه و هى باقيه» قلت لا طريق بعد عدم السبيل إلى التاريش لعدم معرفته، إلا القول بعدم سقوطهما الرد هنا، بعد جبر العيب الحادث بالأرش من المشترى أو لا التزام كما هو واضح.

و مما يسقط فيه الأرش، خاصه ما لو اشترى ربويا بجنسه و ظهر عيب فله الرد دون الأرش حذرا من الربا، و مع التصرف أو حدوث عيب، فيه البحث المذكور، و قال فى الدروس هنا: «لو اشترى ربويا بجنسه و ظهر فيه عيب من الجنس، فله الرد لا الأرش حذرا من الربا، و مع التصرف فيه الإشكال، و لو حدث عنده عيب آخر احتمل رده، و ضمان الأرش كالمقبوض بالسوم، و احتمل الفسخ من المشترى، أو من الحاكم و يرتجع الثمن، و يغرم قيمه ما عنده بالعيب القديم، كالتالف من غير الجنس، و الأول أقوى، لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل» و هو جيد جدا، إلا أن الأول يجرى فى

التصرف- و فى الخصى أيضا لا فى خصوص حدوث العيب فى الربوى كما هو واضح.

و اعتبر فى المغرم من القيمه كونه من غير الجنس حذرا من الربا، و قد سبقه فى ذكر الاحتمالين، الفاضل فى القواعد «و لو كان المبيع حليا من أحد النقدين بمساويه جنسا و قدرا، فوجد المشترى عيبا قديما، و تجدد عنده آخر لم يكن له الأرش و لا الرد مجانا، و لا مع الأرش، و لا يجب الصبر على العيب مجانا، فالطريق الفسخ و إلزام المشترى بقيمته من غير الجنس، معيبا بالقديم سليما عن الجديد، و يحتمل الفسخ مع رضا البائع، و يرد المشترى العين و أرشها و لا ربا، فإن الحلى فى مقابله الثمن، و الأرش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم».

لكن فيه أن الفسخ لا يتقيد برضا البائع، و إنما المشترط به رد العين مع الأرش، لإمكان عدم وجوب قبول ذلك عليه، كما نص عليه بعضهم. نعم قد يقوى الوجوب بعد الفسخ لعود المال إليه، و العيب يجبر بالأرش الذى قد سمعت عدم الربا بعد الفسخ، و أنه كأرش عيب المقبوض بالسوم إذا كان ربويا، ضروره أن الربا فى المعاوضات لا الغرامات.

و قد ينقدح من ذلك وجه آخر حكاه فى التذكره عن بعض الشافعيه، و نفى عنه البأس، بل عن جامع الشرائع حكايته عن بعض أصحابنا، و هو رجوع المشترى بأرش العيب و لا ربا؛ لأن المماثله فى ماله إنما تعتبر فى ابتداء العقد، و قد حصلت، و الأرش حق ثبت بعد ذلك، و دعوى أن الأرش لفوات مقابله من المبيع واضحه المنع، ضروره اقتضائها انفساخ العقد بالنسبه إلى ذلك، و أنه يستحق خصوص الثمن، و أن نماؤه له، إلى غير ذلك مما لا يمكن التزامه، بل لا بأس حينئذ بأخذ الأرش من الجنس، و لا يشترط كونه من غير الجنس فتأمل جيدا و اللّه أعلم.

و و كيف كان ف إذا أراد بيع المعيب؛ فالأولى و الأفضل إعلام المشترى بالعيب أو التبرى من العيوب مفصله من غير فرق بين الخفى منه و الظاهر،

لأصاله براءه الـذمه من وجوب الإخبار بعـد انجبار الضـرر بالخيار، لكن قيده جماعه من المتأخرين بالظاهر الذى يمكن للمشترى الاطلاع عليه من دون إعلام البائع.

أمـا الخفى فيجب الإخبـار به، و إلا كان غشا و تـدليسا، بل ينبغى بطلان البيع فى نحو شوب اللبن بالماء، لأن المبيع المقصود غير معلوم القـدر للمشترى، و عليه نزل مـا عن الخلاـف «من باع شـيئا و به عيب لم يبينه فقـد فعل محظورا و كان للمشترى الخيار» و المبسـوط و فقه القرآن للراونـدى «وجب أن يـبين للمشـترى عيبه، أو يتـبرأ اليه من العيـوب، و الأـحوط الأـول» و التحرير «وجب الإشـعار أو التبرى من العيوب» لكن ظاهر الأخيره أو صـريحها سقوط وجوب الإعلام حتى بالخفى إذا تبرئ من العيوب، كما هو صريـح الـدروس قـال: «يجب على البائع الإعلام بالعيب الخفى على المشترى إن علمه البائع، لتحريـم الغش، و لو تبرئ من العيب سقط الوجوب» قال الشيخ:

«و الاعلام أحوط» بل عن إيضاح النافع أنه المشهور، و كان وجهه الأصل بعد عدم صدق الغش معه.

و على كـل حـال فلاـ خلاـف فى عـدم وجوب الإخبار بالظاهر بعـد تنزيل العبارات المزبوره على ما سـمعت، و لعله لـذا قال فى الرياض: «و يجوز بيع المعيب و إن لم يـذكر عيبه مع عدم الغش بلا خلاف فى الظاهر، بل قد يظهر من إطلاق المتن و القواعد و غيرها عدم وجوبه حتى فى الخفى، و لعله للأصل و عدم كونه غشا بعد ان لم يكن من فعله، و لا أخبر بسلامته.

نعم هو كـذلك فى مزج اللبن، و لعـل كلاـمهم فى غيره. ثم على الوجوب فالظـاهر صـحه البيع، لأن النهى عن أمر خارج، بل لا يبعد ذلك حتى فى اللبن الممزوج، كما احتمله فى المسالك قال: «و لا جهاله بعد علم مقدار الجمله، فهو كما لو باع ماله و مال غيره و له الخيار حينئذ» و فيه أنه مناف لما فرضه أولا من كون عنوان المبيع اللبن منه لا-

المشاهد، و لذا أبطله كالجهاله، و لا يجدى العلم بالجمله بعد أن كانت مبيعا و غير مبيع؛ فالوجه الصحه فى الفرض إلا أن الظاهر كونه خيار عيب لا تبعض لصدق اسم اللبن على الممزوج، و إلا كان خارجا عن موضوع المسأله التى هى بيع ذى العيب الخفى المنافى صدق اسم العنوان عليه، و يتجه فيه البطلان مع فرض جعل العنوان اللبن منه للجهاله، و لو جعل المشاهد صح للعلم بالجمله حينئذ و لو كان بعنوان أنه لبن.

و لو أجمل فى البراءه بأن قال: برئت من عيبه أو من جميع العيوب أو من العيوب، جاز و كان كالتفصيل فى الحكم، لعموم المقتضى الذى قد عرفته فيما مضى من الإجماع و غيره، فليسقط به حينئذ الخيار فى الرد و الأرش، و يسقط به أيضا وجوب الإخبار بالخفى، بناء على سقوطه بالبراءه المفصله، خلافا لما عن بعض الأصحاب فأوجب التفصيل فلا يبرء حينئذ بالإجمال و لا يسقط به الخيار، بل قضيته ما استدل له به فى المسالك «من أنه بيع مجهول البطلان، إلا أنه كما ترى، إذ لا جهل مع المشاهده، و اعتبار ما يجب اعتباره فى صحه البيع، و العيب الحاصل فيه غير مانع من صحه البيع و لا يشترط معرفه الباطن، لا أنه يعتبر و يكفى فيه أصل السلامه، حتى يقال: يذهب الوثوق به بالتبرى، فيكون كبيع المجهول، على أنه قد عرفت فى اشتراط سقوط خيار الرويه ما يؤكد ذلك، فلاحظ و تأمل كل ذا مع ضعف الخلاف المزبور، و إن حكى عن ابن إدريس إلا أنه غلط قطعا.

نعم حكاه فى المختلف عن أبى على و حكى فيه عن القاضى ما يقتضى ذلك و يمكن دعوى مسبوقيتهما بالإجماع و ملحوقيتهما به، فما فى الدروس «من أن فى التبرى مجملا- قولين أشهرهما الاكتفاء سواء علم البائع بالعيب أم لا» مما يوهم أنه قول مشهور فى غير محله و اللّٰه أعلم.

و إذا ابتاع شيئين صفقه من مالك واحد بثمن واحد ثم علم بعيب فى

أحـدهما، لم يجز رد المعيب منفردا و لكن له رد همـا معا أو أخـذ الأرش بلا خلاف أجـده فيه، بل فى الغنيه الإجماع عليه، كما عن الخلاف أن دليله إجماع الفرقه و أخبارهم، لا لأن رده خاصه موجب للتبعيض الـذى يتضـرر به البائع، إذ يمكن جبره بتسـلط البـائع على الخيـار حينئـذ، بـل لظهور الأـدله فى تعلق حق الخيار بالمجموع لا فى كل جزء منه، لا أقل من الشك؛ ضـروره عـدم الوثوق بإطلاـق فيهـا على وجه يشـمل الفرض و الأصـل اللزوم، و منه يعلم حينئـذ عـدم الفرق فى الحكم المزبور بين مـا ينقصـه التفريق كمصراعى باب أولا، و لا بين حصول القبض و عدمه.

نعم لو تصـرف فيهمـا أو فى أحـدهما مثلاـ سـقط الرد و تعين الأـرش؛ لأنهما بمنزله مبيع واحـد، بالنسـبه إلى ذلك، و لا يقاس الخيار على الشـفعه التى قيل انهم صـرحوا فى بابها فيها لو باع حصه من الـدار و البسـتان صـفقه بأن لشـريكه فيهما أخذ أحدهما بالشـفعه و إن تبعضت الصـفقه، و الظـاهر اتحـاد الحكم فى باقى الخيارات، فليس له فى خيار المجلس رد بعض المبيع و الالتزام بالباقى، لما عرفت، و إثباته لكل من الورثه فى حقه على القول به لمدرك آخر كما أشبعنا الكلام فيه فيما تقدم.

و على كل حال فقد ظهر عدم التفريق فى الصـفقه الواحده، و منه ما لو اشترى حاملا و شـرط الحمل أو قلنا بدخوله فوضعت، ثم ظهر على العيب، فليس له إفرادهـا بـالرد، لا لتحريم التفرقه، بل لاتحاد الصـفقه، من غير فرق بين الأمه و الـدابه، و لو كان الحمل عنده لا بتصرفه فالحمل له و إن فسخ ففى الدروس «رد الام ما لم تنقص بالحمل أو الولاده» و أطلق القاضى «أن الحمل يمنع من الرد، إما بفعله أو باهماله المراعاه حتى ضـربها الفحل و كلاهما تصـرف» قلت: لا ريب فى قصور حملها على وجه لا يعد تصرفا، إلا أنه يمكن القول بمنعه مطلقا من الرد إذا كان فى غير زمن الخيار، لأنه عيب حدث عنده، لما ستعرفه من عدهم الحمل عيبا، و عدم نقصها به لا يرفع كونه عيبا فتأمل و اللّه أعلم.

و كذا فى عدم جواز الاختلاف لو اشترى اثنان شيئا متحدا أو متعددا على جهه الشركه فيهما بثمن كذلك نعم كان لهما معا رده أو إمساكه مع الأرش و ليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه على المشهور بين الأصحاب، نقلا و تحصيلا من غير فرق بين علم البائع بتعدد المشترى و جهله، و لا بين اتحاد العين و تعددها، و لا بين اقتسامها قبل التفرق و عدمه، لا للتضرر بتبعض الصفقه و الشركه مع المشترى الآخر، إذ قد عرفت إمكان دفعه بجبره بالخيار، مع أنه لا يتم فى صوره علم البائع بالتعدد، بل لما سمعت من أصاله عدم الخيار على هذا الوجه، بعد انصراف أدلته إلى غيره.

و دعوى تنزيل تعدد المشترى منزله تعدد العقد واضحه المنع بالنسبه إلى ذلك خلافا للمحكى عن شركه المبسوط و الخلاف و أبى على و القاضى و الحلى و صاحب البشرى و فخر الإسلام، فجوزوا اختلافهما فى ذلك، و استوجهه فى المسالك، و نفى عنه البعد فى التذكره، لإطلاق الأدله و كونه بمنزله عقدين و إقدام البائع على الشقص، و للتحرير و الكركى فيجوز مع علم البائع بالتعدد لا مع جهله، و استحسنه صاحب المسالك، و ضعفهما معا واضح بعد ما عرفت من انصراف الإطلاق إلى غيره، و منع التنزيل و تأثير الإقدام، بل الأخير منهما أوضح ضعفا، ضروره عدم مدخليه العلم و الجهل فى تعدد العقد و اتحاده نعم لهما مدخليه فى ثبوت الخيار للبائع بالتبعيض و عدمه كما هو واضح.

و لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحده منهما معينه و لو بما يخصها من الثمن لو كان كليا، فالظاهر جواز التفريق، للتعدد حقيقه، مع احتمال العدم، بل فى المسالك «إمكان تمشى الخلاف فيه نظرا إلى اتحاد العقد إلا أن الأول أقوى»، و لو ظهر العيب فى الأول فى الثمن فإن كان فى جميعه فلا إشكال فى التخيير، و إن كان فى بعضه فالظاهر عدم جواز رده حتى على القول بجواز

التفريق فى المشتريين، لوضوح الفرق بينهما، بأن المشترى الذى يرد إنما يرد تمام حصته، فيكون كأنه رد تمام المبيع نظرا إلى تعدده بالنسبه إليه، و هذا لا يأتى فى الثمن لأن البائع إذا رده، إنما يرده عليهما معا إذا الفرض كونه مشتركا بينهما فإذا رد المعيب فقد رد على مستحقه بعض حقه، و بقى البعض الآخر عنده، فهو فى التحقيق من قبيل المسأله الأولى التى قد عرفت عدم الخلاف فى عدم جواز التفريق فيها.

فما عن بعض الأصحاب- من جواز التفريق فيه فيرد المعيب منه و يبطل ما قابله من المبيع حينئذ نظرا إلى كون العقد بمنزله المتعدد باعتبار تعدد المشترى فيه- واضح الضعف، و إن جعله فى المسالك وجها، نعم لو دفع كل من المشتريين جزأ من الثمن متميزا، و اشتريا بالمجموع شيئا مشتركا، فظهر بأحدهما عيب، و كان المعيب مساويا لحصه صاحبه. أمكن جواز رده خاصه لمالكه، لتحقق التعدد حينئذ، كما أن الظاهر إن لم يكن مقطوعا به جواز التفريق لو اشتريا عينين كل منهما بثمن مستقل لا على وجه الشركه، و إن كانت الصفقه واحده فى الصوره إلا على احتمال تسمعه من المحقق الثانى هذا كله فى تعدد المشترى.

أما لو تعدد المستحق مع اتحاد المشترى ابتداء كما لو تعدد وارث خيار العيب، ففى القواعد «أنه لا إشكال فى وجوب التوافق» و لعله لاتحاد العقد، لكن قال فيما تقدم فى الخيارات: «و هل للورثه التفريق؟ نظر أقر به المنع» و احتمله فى المسالك هنا، و قد عرفت التحقيق فى ذلك فيما تقدم، فلاحظ و تأمل.

و لو تعدد البائع و اتحد المشترى جاز التفريق، سواء اتحد العقد أو تعدد، بل فى الدروس و عن ظاهر التذكره و تعليق الإرشاد الإجماع عليه، حيث قالوا جاز له له الرد قطعا، و لعله لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد، و لعدم التبعيض على المردود عليه، لكن فى جامع المقاصد «قد يقال: إذا اتحد العقد؛ جاء الإشكال السابق فى المشتريين صفقه، لصوره الصفقه هنا أيضا، قيل: و فيه أن الفرق بين تعدد المشتريين

تعدد البائعين واضح، لأنه يلزم فی الأول تبعض الصفقه علی البائع و لا کذلک الثانی.

نعم یجی ء الإشکال فی بعض الصور، منها ما إذا اشتری اثنان من اثنین دفعه فی صفقه واحده، لأن کل واحد من المشتریین قد اشتری ربع العبد مثلا من کل واحد من البائعین فلو رد الربع علی أحدهما تبعضت الصفقه علیه».

قلت: بعد الأعضاء عما ذکره یمکن القول بکون الوجه فی عدم جواز الرد فی فی تعدد المشتری عدم تناول الأدله له، فتبقی أصاله اللزوم بلا معارض، و نحوه یأتی هنا أی تعدد البائع مؤیدا بدعوی ظهور الأدله فی کون الخیار فی نفس العقد، فمع اتحاده لا یتصور التفریق فیه إلا أن الأقوی ما ذکرناه أولا فتأمل جیدا و اللّه أعلم و إذا وطئ الأمه ثم علم بعیبها الذی هو لیس بحبل لم یکن له ردها عندنا و تعین له الأرش بلا خلاف إلا من الجعفی کما فی الدروس، و لا اشکال نصا(۱)و فتوی بل الإجماع بقسمیه علیه فإن کان العیب حبلا جاز له ردها و یرد معها نصف عشر قیمتها لمکان الوطء إجماعا محکیا فی الاستبصار و الغنیه إن لم یکن محصلا، و هو الحجه بعد المعتبره المستفیضه أو المتواتره فی ردها و أنه لا یمنع منه الوطء و فی صحیح ابن سنان (۲)و

معتبر عبد الملک بن عمرو(۳)و خبری سعید بن یسار(۴)و

فضیل مولی محمد بن راشد(۵)«یرد معها العشر»

و

فی خبر عبد الرحمن (۶)«یرد معها شیئا»

و

فی صحیح محمد(۷)«یکسوها»

و تأولهما الشیخ بمطابقه نصف العشر، و لکن

روی عبد الملک بن عمرو(۸)عن الصادق علیه السلام «فی الرجل یشتری الجاریه و هی حبلی

۱- ۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب أحکام العیوب.
۲- ۲ الوسائل الباب ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۱.
۳- ۳ الوسائل الباب ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۳.
۴- ۴ الوسائل الباب ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۹.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۸.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۵.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث ٦.

٨- ٨ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث ٧.

فیطأها قال: یردها و یرد معها عشر ثمنها إذا کانت حبلی»

و حمله فی التهذیبین علی الغلط من الناسخ أو الراوی بإسقاط لفظ نصف لیطابق ما رواه هذا الراوی بعینه، و غیره.

و قد یؤیده ما فی الدروس «من أنه ذکر الصدوق (۱)هذا الخبر برجاله، و فیه نصف العشر» کما أنه یمکن حمله علی کون عشر

الثمن نصف عشر قیمتها، أو علی البکر بحمل الحمل من السحق أو وطئ الدبر بناء علی أن له منفذا، مؤیدا بما فی الکافی بعد أن ذکر خبر عبد الملک المتضمن للنصف قال:

فی روایه اخری (۲)«إن کانت بکرا فعشر قیمتها، و إن لم تکن بکرا فنصف عشر قیمتها»

و بالمعلوم من وضع الشارع العشر لوطء البکر فی غیر المقام.

و علی کل حال فقد عرفت من ذلک مستند ما عن الحلبی من إطلاق رد العشر، و ما عن ابن إدریس و الفاضل و الکرکی و القطیفی و المیسی و الشهید الثانی و بعض متأخری المتأخرین من رد ذلک إذا کانت بکرا و نصفه إن کانت ثیبا، إلا أن الأول- مع اتحاده و احتماله ما عرفت، و ذکره عشر الثمن، لا القیمه، و ظهوره فی کون الوطء مع العلم بالحبل الذی ستعرف خروجه عما نحن فیه، و مخالفته للمعلوم من وضع الشارع نصف العشر لوطء الأجنبی، فضلا عن المقام الذی کان الوطء فیه من المالک- قاصر عن معارضه النصوص السابقه المعتضده بعمل الأصحاب من وجوه، فلا ریب حینئذ فی ضعف القول.

أما التفصیل فإنه و إن أمکن حمل الخبر المذکور علیه، و یشهد له المرسل المزبور(۳)المؤید بمعلومیه وضع هذا التقدیر للوطء فی غیر المقام، إلا أن إطلاق النصوص (۴)الکثیره و الفتاوی علی خلافه، اللهم إلا أن یدعی انصرافه للحامل

۱- ۱ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۹ الحدیث ۵۰ الطبع الحدیث النجف.:

۲- ۲ الوسائل الباب ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحکام العیوب.

التی ذهبت بکارتها کما هو الغالب؛ و فیه بعد إمکان منع عدم تناول الحامل له و إن ندر سببه بالسحق و نحوه، أن المتجه حینئذ خروج البکر الحامل عن موضوع المسأله کما احتمله فی القواعد فی الحامل بالمساحقه فتبقی حینئذ علی القواعد، لأن الجرءه علی إخراجها عنها بالمرسل المزبور- الذی لا جابر له، مع أنه بأضعف وجوه الإرسال- کما تری خصوصا مع إمکان دعوی عدم جواز الرد فیها بفوات جزء من العین و هی البکاره فهی کما لو تصرف فیها بغیر الوطء معه، فإنه لا- إشکال فی خروجها عن موضوع المقام حینئذ و بقائها علی مقتضی القواعد، کالتی وطأها المشتری فی دبرها، بناء علی انصراف الوطی فی النصوص و الفتاوی إلی الغالب من الوطء بالفرج، فلا ترد حینئذ، و علی تقدیره فالظاهر رد نصف العشر لو کانت بکرا وفاقا لجماعه، لظهور توظیف العشر لزوال البکاره، و الفرض بقاؤها، مضافا إلی إطلاق النص بنصف العشر مع احتماله، لصدق وطئ البکر، إلا أنه ضعیف کضعف احتمال ردها بلا شی ء، لترتب العشر و نصفه علی الوطء المنصرف إلی القبل، و طریق الاحتیاط فی جمیع ذلک غیر خفی.

و کیف کان فلا- إشکال فی الرد بالحبل مع الوطء بنصف العشر فی الجمله، خلافا للمحکی عن أبی علی فمنعه مطلقا، و وافقه الفاضل فی المختلف و السید فی الریاض، و حملوا إطلاق النصوص و الفتاوی علی الحامل من المولی، فیکون بیعها باطلا، و رد العقر حینئذ عوض وطی ملک الغیر، فلا مخالفه فیها لقاعدتی «عدم رد المعیب بالتصرف، و عدم العقر للوطی فی الملک» علی أن الموظف منه للبکر العشر، و قد أطلق فی النص و الفتوی نصف العشر، المعتضد أولهما بالمعتبره المستفیضه الداله علی عدم جواز رد الجاریه إذا وطئت بالعیب السابق و إنما له الأرش و فی

صحیحی محمد بن مسلم (١)«معاذ اللّٰه أن یجعل له أجرا»

قال فی أولهما «سئل أحدهما علیه السلام عن الرجل یبتاع الجاریه فیقع علیها فیجد فیها عیبا بعد ذلک، قال: لا یردها علی صاحبها، و لکن تقوم ما بین العیب و الصحه و یرد علی المبتاع معاذ اللّٰه أن یجعل لها أجرا»

و فی الآخر(٢)عن

١- ١ الوسائل الباب ۴ من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۴.

٢- ٢ الوسائل الباب ۴ من أبواب أحکام العیوب الحدیث ٨ عن محمد بن میسر.

الصادق علیه السلام «قال: کان علی علیه السلام لا یرد الجاریه بعیب إذا اوطئت، و لکن یرجع بقیمه العیب، و کان علی علیه السلام یقول: معاذ اللَّه أن أجعل لها أجرا».

و فیه أنه یشبه أن یکون اجتهادا فی مقابله النصوص و الفتاوی بلا شاهد، بل اقتصارهما علی خصوص الوطء شاهد بخلافها، ضروره عدم

الفرق فی رد الحامل من المولی بین التصرف فیه بوطئ و غیره، لفساد البیع، و دعوی تخصیصه لکونه الغالب فی مشتری الأمه واضحه المنع کما أن تعبیر أکثر الأصحاب بجواز الرد شاهد علی الخلاف أیضا، إذ علی الفرض المزبور یجب الرد.

نعم عن نهایه الطوسی یلزمه الرد و نحوها عن المراسم و الوسیله، إلا أنها فی جنب غیرها من إطلاق الأصحاب و تصریحهم کالعدم، و النصوص و إن اشتمل بعضها علی الأمر بالرد إلا أنه فی مقام توهم الحظر، لمعلومیه عدم رد المعیب إذا تصرف فیه و خصوصا الجاریه إذا وطئت، و الأجر فی الصحیحین للرد علی بعض العامه القائلین برد الجاریه غیر الحبلی مع الأجر إن وطئت، لا أن المراد به ما یشمل العقر المزبور، کما أن المراد بالعیب فیهما غیر الحبل؛ بل کاد یکون صریح صحیحی ابن سنان (۱)و زراره(۲)منها، مع أن لا استنکار فی تقیید المطلقات و تخصیص العمومات بمثل هذه النصوص المستفیضه المعمول بها عند الأصحاب قدیما و حدیثا.

و منه یعلم أنه لا حاجه إلی ما فی الدروس و غیرها من تکلف کون الفسخ هنا لورد کاشفا عن الفساد من الأصل حینئذ، فیکون الوطء بغیر الملک، فیتجه إعطاء العقر، مع أن الکشف خلاف الأصل أولا و خلاف المعهود فی باقی الخیارات ثانیا، فالتزام رد العقر و إن کان الوطء فی الملک لهذه النصوص أولی قطعا، و قد و رد مثله فی التصریه کما ستسمع، و إطلاق نصف العشر فی النص و الفتوی مشترک الإلزام، ضروره عدم تمامیته علی تقدیر کون الحمل من

المولی، کما أن الجواب عنه- بانصراف الحامل إلی فاقده البکاره علی ما هو الغالب- مشترک بینهما.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴ من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴ من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۵.

بل ربما يجاب عنه على المشهور، باستثناء هذه البكاره من وطئ البكر لمكان الحمل الذى بسببه كانت بكارتها بمنزله العدم؛ و إن كانت من سحق و نحوه فأرشها حينئذ على البائع على أن ذلك إنما يتم على من أطلق، أما من فصل بين البكر و غيرها فلا يرد عليه ذلك، فلا ريب حينئذ فى ضعف الحمل المذكور، مع أن المحكى عن ابن الجنيد الذى هو الأصل فى الخلاف، أنه قيد الحمل بكونه من المولى، و هو أعم من بطلان البيع، إذ يمكن حمله على حمل منه بحيث لا يقتضى ذلك، كما لو حملت من رائحه منيه مثلا قال فى الدروس: «و قيد ابن الجنيد بكون الحمل من المولى، و يلوح من النهايه، و حينئذ يتوجه لزوم الرد، للحكم ببطلان البيع، و يتوجه وجوب العقر؛ و لو حمل على حمل لا يلزم منه بطلان البيع لم يلزم الرد و أشكل وجوب العقر لأنها ملكه حال الوطء، إلا أن يقول: الرد يفسخ العقد من أصله، أو يكون المهر جبرا لجانب البائع كما فى لبن الشاه المصراه أو غيرها عند الشيخ، و الأخبار مطلقه فى الحمل و هو الأصح» قلت: بل ما فيها من شبه التفصيل بين عيب الحبل و غيره، كالصريح فى إراده الحمل من غير المولى و اللّه أعلم.

هذا و قد ظهر لك مما ذكرنا أنه لا ترد الأمه مع الوطء قبلا أو دبرا بغير عيب الحبل و أنها ترد به إذا وطئت، لكن قد يظهر من المتن و غيره اشتراط ذلك بعدم العلم بالحبل حال الوطء، فلو وطأها عالما لم يكن له الرد، و به صرح فى الدروس و المحكى عن غيرها فقال: «و لو وطئ بعد العلم بالحبل تعين الأرش، و يظهر من التهذيب جواز الرد، و يلزمه العشر عقوبه و جعله محملا لروايه العشر، و أكثر الأخبار مقيده بعدم العلم» قلت هو كذلك إلا أنه فى أسئلتها؛ بل فى

صحيح ابن سنان (۱)عن الصادق عليه السلام «قال على عليه السلام لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، و يوضع عنها

۱- ۱ الوسائل الباب ۴- من أبواب أحكام العيوب الحديث ۱.

من ثمنها»

إلى آخره، و فى

خبر زراره(۱)عن الباقر عليه السلام «كان على بن الحسين عليهما السلام لا يرد التى ليست بحبلى إذا وطأها»

و مفهومها مطلق، بل خبر عبد الملك (۲)كالظاهر فى الوطى مع العلم و عدم القول بما تضمنه من رد العشر لا ينافى العمل به بالنسبه إلى ذلك، إلا أن الحكم لما كان

مخالفا للعمومات و الإطلاقات، وجب الاقتصار فيه على المتيقن.

و هل يلحق بالوطى مقدماته من اللمس و نحوه، ففى الدروس «نظر من التنبيه و من النص على إسقاطها خيار الحيوان و لأن الوطء مجبور بالمهر بخلاف المقدمات» و فى المسالك بعد ان ذكر الوجهين أيضا من الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص، و من الأولويه و استلزامه لها غالبا قال: «و توقف فى الدروس و له وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها و بين الوطء، و لو اختص التصرف بها فالإلحاق به من باب مفهوم الموافقه و إن كان استثناؤها مطلقا متوجها للملازمه».

قلت: قد تمنع الأولويه إذا اختص التصرف بها لا على اراده الوطء، بل و على إرادته و لم يقع، و لا تلازم بين العقوبتين، أما إذا وقع فقد يقوى عدم منعها من الرد، لفحوى الرد بالوطى الذى يقارنه غالبا هذه المقدمات مع ترك الاستفصال.

ثم إن ظاهر نصوص المقام و فتاواه كون الحمل عيبا فى الأمه، بل الظاهر ذلك و إن قلنا بتبعيته للمبيع، إذا الزياده حينئذ للمشترى من هذا الوجه لا- تنافى النقيصه من آخر، و إلا لم يجز رد المبيع المعيب إذا كان فيه صفه أخرى لم يشترطها المشترى على البائع، و هو مخالف لإطلاق النصوص، لكن قد سمعت فيما سبق ما فى الدروس، و عن الخلاف و الغنيه و التحرير أنه لو حملت الأمه عند المشترى ردها بالعيب السابق دون الولد، بل مدعيا فى الأولين الإجماع عليه، و نحوه عن المبسوط و التذكره إلا أنهما قيداه بما إذا لم تنقص بذلك، و إلا تعين له الأرش.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵ من أبواب أحكام العيوب الحديث ۳.

و فی القواعد «لو کان المبیع غیر الأمه فحمل عند المشتری من غیر تصرف، فالأقرب أن للمشتری الرد بالعیب السابق، لأن الحمل زیاده» و مقتضی تعلیله کون الحکم کذلک فی الأمه أیضا، بل لو اشتراها حاملا غیر عالم بذلک، و قلنا بتبعیه الحمل للمبیع کان المتجه أیضا عدم الرد به و إطلاق النصوص حجه علیه، بل لا- یبعد کونه عیبا فی الدابه فضلا عن الأمه، فلا یرد معه بالعیب السابق، لحدوث العیب إذا فرض حملها فی غیر زمن الخیار، کما عن فخر المحققین و أول الشهیدین فی الحواشی، و الکرکی لانتقاص الانتفاع بها، و کونها معرضا للتلف بما یخشی منه علی الحامل، بل قد یقال باندراجه فی الضابط الآتی لکن الإنصاف عدم خلو المسأله بعد عن الإشکال، فلا ینبغی ترک الاحتیاط فیها.

بقی شی ء و هو أن الحامل التی وطأها المشتری و لما یعلم إذا وجدها معیبه بغیر الحمل أیضا فقد ینساق إلی الذهن أنها أولی بالرد من المعیبه بالحمل خاصه، بل إطلاق النص شامل لها، لکن قد یقال: إن المتجه لقاعده الاقتصار عدم الرد بعد انسیاق غیر المعیبه الا- بالحبل من نصوص الرد بالوطی. و لعله لذا قال المصنف: فإن کان العیب الحبل مضافا إلی إطلاق غیر واحد من النصوص، عدم الرد مع الوطء إذا کانت معیبه، و المتیقن فی الخروج منه ما إذا لم تکن معیبه إلا بالحبل فتأمل جیدا.

و لو اشتبه الحمل- فلم یعلم کونه عند البائع أو المشتری، فاخرج بالقرعه بناء علی ذلک و ألحق بمن کان وطأه من زوج أو غیره عند البائع- ففی جواز الرد نظر، من اقتضاء اللحوق السبق، و من أنه حکم شرعی لا یقتضی تنقیح عنوان فوجدها حاملا، و قاعده الاقتصار تقتضی الثانی.

[القول فی أقسام العیوب]

اشاره

القول فی أقسام العیوب و الضابط فیها علی ما طفحت به عباراتهم مع اختلاف یسیر، بل عن مجمع البرهان الإجماع و فی الریاض الظاهر الاتفاق

علیه أن کل ما کان من أصل الخلقه، فزاد أو نقص فهو عیب، فالزیاده کالإصبع الزائده و النقصان کفوات عضو و الأصل فی ذلک، واقعه ابن أبی لیلی مع محمد بن مسلم، ففی

الکافی (۱)عن الحسین بن محمد عن السیاری قال: «روی عن ابن أبی لیلی أنه قدم الیه رجل خصما له، فقال؟ إن هذا باعنی هذه الجاریه فلم أجد علی رکبها حین کشفتها شعرا «أی العانه» و زعمت أنه لم یکن لها قط، فقال ابن أبی لیلی إن الناس لیحتالون إلی هذا بالحیل حتی یذهبوا به، فما الذی کرهت، فقال: أیها القاضی إن کان هذا عیبا فاقض لی به، فقال: اصبر حتی أخرج إلیک، فإنی أجد أذی فی بطنی، ثم دخل و خرج من باب آخر حتی

اتی محمد بن مسلم الثقفی، فقال له: أی شی ء تروون عن أبی جعفر علیه السلام فی المرأه لا یکون علی رکبها شعرا، یکون ذلک عیبا؟ فقال له محمد بن مسلم:

أما هذا نصا فلا أعرفه، و لکن حدثنی أبو جعفر عن أبیه عن آبائه علیهم السلام عن النبی صلی اللّه علیه و آله أنه قال: کلما کان فی أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عیب، قال له ابن ابی لیلی: حسبک، ثم رجع الی القوم، فقضی لهم بالعیب»

و لا یقدح ضعف سنده بعد الانجبار بعمل الأصحاب الذین عبر کثیر منهم بلفظه، و آخر بما یرجع الیه من أنه الخروج عن المجری الطبیعی لزیاده أو نقصان، و مراد الجمیع کما قیل عدم الزیاده و النقیصه ذاتا أو صفه عن أکثر نوع ذلک المعیب.

نعم قیده الفاضل فی بعض کتبه، بالموجب لنقصان المالیه کالمحکی عن یحیی بن سعید، و أطلق غیره بل صریح ثانی الشهیدین و غیره، بأنه لا یجب أن یکون موجبا للنقص، للإنفاق علی أن الخصی عیب مع إیجابه زیاده، و کذا عدم الشعر علی الرکب، و من هنا اعترضه فی جامع المقاصد بأنه کان علیه أن یقید بقوله غالبا، لیندرج فیه الخصاء و الجب، فإنهما یزید ان فی المالیه، مع أنهما عیبان، فیثبت بهما الرد قطعا، و فی الأرش إشکال.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحکام العیوب الحدیث- ۱.

و لعل الذى دعاه الى التقييد بالنقص، القطع بعدم العيب فيما لو زاد بحيث لا يعد عيبا عرفا، كزياده بعض الأسنان و بعض الثالول و نحو ذلك، بل ربما يزيد زياده تزيد فى حسنه كالشعر فى الأهداب و الحواجب، و كذا لو نقص نقيصه لا تعد عيبا عرفا كبعض الأجزاء، إلا أنه كان الأولى إيكال ذلك إلى العرف، لا الاحتراز عنه ينقص المال، لما عرفت من أن بعض العيوب عرفا كالخصاء و نحوه لا تنقص قيمه المال، بل لعله يغنى عما فى جامع المقاصد «من أنه ينبغى أن يكون المراد بالمجرى الطبيعى ما جرت به العوائد الغالبه، ليندرج فيه الأمور التى ليست مخلوقه أصلا، ليكون على نهج مقتضى الطبيعه أم لا، ككون الضيعه ثقيله الخراج و منزله الجنود».

قلت: إذا جعل المدار على العرف استغنى عن ذلك كله، ضروره أن عيب كل شى ء بحسبه، و لا حاجه إلى تخلف دخول نقصان الصفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعى؛ مستمرا كان كالممراض، أو عارضا و لو كحمى يوم فى الخلقه، مع أنه يمكن دعوى غير ذلك منها، و لا تكلف غير ذلك، على أنه لا ظهور فى الخبر فى حصر العيب بذلك، و المراد بحمى اليوم المحكى عن التذكره الإجماع عليه يوم البيع أو قبل القبض مثلا فضلا عن حمى الود و الغب.

و قد ظهر من ذلك كله أنه لا إشكال بل و لا خلاف فى أن الجذام و البرص و الجنون و العمى و العرج و القرن و الفتق و الرتق و القرع و الصمم و الخرس و أنواع المرض و الإصبع الزائد و الحول و الخوص و السبل و هو زياده الأجفان و التخنيث و هو كونه خنثى و الجب و الخصاء و نحوها عيوب، و المشهور أن بول الكثير أى الذى لا يبول مثله فى العاده عيب، خلافا للشيخ، و اعتياد الزنا و السرقه، بل ترك بعضهم الاعتياد، و عن المبسوط إذا وجده سارقا كان له الخيار إجماعا، و فى جامع المقاصد «ظنى أن الاعتياد غير شرط، لأن الإقدام على القبيح مره يوجب الجرءه، و يصير للشيطان عليه سبيل؛ و لترتب وجوب الحد الذى لا يؤمن معه الهلاك» و على هذا يكون شرب الخمر و النبيذ عيبا كما فى التحرير و الدروس، بل فى الجامع أيضا «و لو حصلت التوبه الخالصه المعلوم

صدقها، ففى الزوال نظر» و إن كان هو كما ترى.

لكن على كل حال فلا ريب فى أن اعتياد السرقه و الزنا و نحوهما من المفاسد عيوب، أما المره الواحده فيشكل ثبوت العيب بها، و قد يحمل عليه ما عن الخلاف من أن العبد و الأمه إذا وجدهما زانيين لم يكن له الخيار، و الفسق ليس عيبا قطعا لكن مقتضى ما سمعت قد يقال: إنه إذا كان بارتكاب الكبائر يكون عيبا، لأنه يقتل صاحبها فى الثالثه أو الرابعه كما أنه قد يقال بعدم العيب من حيث استحقاق الحد بكل ما يوجبه، بناء على حرمه إقامته فى هذا الزمان أو قلنا بجواره و قطعنا بعدم وقوعه، و منه يعلم الإشكال فى عدهم استحقاق الحد عيبا بلا خلاف كما تسمعه.

و أطلق جماعه كون البخر و الصنان عيبا، و قيده فى القواعد بما لا يقبل العلاج، و لعل التقييد بالزائد على المعتاد منه أولى، إلا أنه و مع ذلك لا يخلو من إشكال فى بعض افراد العبيد، و عن الخلاف و المبسوط أنه لا يثبت بالبخر الخيار، و عن المختلف أنه عيب فى الجاريه دون العبد، لكن يثبت به الخيار فيه، لأنه خارج عن الأمر الطبيعى كالعيب، و فيه ما لا يخفى، و لعل ما ذكرناه من الإحاله إلى العرف يغنى عن تحقيق ذلك، كما أنه يغنى عما ذكره فى القواعد، و عن التذكره من كون الضيعه منزل الجنود و ثقيله الخراج عيبا، و ليس عدم الختان فى الصغير و الأمه و المجلوب من بلاد الشرك مع علم المشترى بجلبه عيبا قطعا، أما الكبير فقد صرح الفاضل و الشهيد بكونه عيبا، خلافا لما عن المبسوط و الخلاف، و لا خلاف أجده فى أن استحقاق القتل أو القطع أو غيره من أنواع الحد و التعزير المخوف، و الاستسعاء فى الدين عيب، بل عن التذكره الإجماع عليه فى الجمله و فى الدروس «الأقرب كونه لزنيه أو أعسر أى يعمل بيساره عيب، و يقوى ذلك فى الكفر» و استشكل فى القواعد فى الثانى، و جزم بالعدم فى الأول و الثالث، بل ربما قيل إنه المشهور فى الأخير و لعل من عده عيبا نظر إلى الخروج عن الطبيعى به للولاده على الفطره.

أما التزويج و الإحرام و الصيام و الحجامه و الحياكه و الاعتداد و معرفه الغناء و النوح و القمار و نحوها، و عدم معرفه الصنائع و الطبخ و الخبز و نحوها فليس عيبا، و لو ظهر تحريم إلا أنه على المشترى بنسب أو رضاع أو مصاهره ففى الدروس «فى كونه عيبا نظر؛ من نقص انتفاعه، و عدم صدق الحد عليه مع بقاء القيمه السوقيه و لو كانت الأمه مستحاضه قيل إنه عيب أيضا، و قيل منه أيضا الحمق البين، و نجاسه ما يحتاج تطهيره إلى مئونه أو كان منقصا للعين و كثره السهو و النسيان».

و بذلك كله و غيره يظهر لك الاحتياج إلى مراعاه العرف، و صعوبه الاكتفاء بالخبر المزبور(۱)اللهم إلا أن يقال لا بأس بالتعويل عليه و خروج بعض الأمور التى لا تنطبق عليه بالإجماع و نحوه، و احتمال أن له موضوعا شرعيا، أو مرادا كذلك و أنه لا عبره بالعرف كما ترى، هذا. و قد يقال: بعد ملاحظه اتفاقهم ظاهرا على جعل مضمون الخبر المزبور ضابطا للعيب و عدمه، و ملاحظه عدم اندراج جمله مما ذكروا فيه الخيار للعيب فيه، و ملاحظه جمله مما سمعته من كلماتهم المشوشه التى فى بعضها ثبوت الخيار مع نفى المعيبيه، أن الضابط المزبور للعيب الذى يثبت به الخيار، و إن لم ينقص به قيمه المال، كالجب و الخصاء و عدم الشعر على الركب، و غير ذلك مما هو نقص فى الخلقه أو بزياده فيها، بمعنى الخروج عن مستوى الخلقه بنقصان أو زياده، فإنه عيب يثبت به الرد و إن زادت قيمه المال.

و أما الزياده التى يزداد بها حسنا كشعر الأهداب و نحوها، فهى من الكمال فى مستوى الخلقه لا الخروج عنها، فلا يرد على الضابط المزبور، أما غير ذلك من العيوب التى لا تندرج فى الضابط المزبور نحو كون القريه ثقيله الخراج و منزل الجنود، و كون العبد

قاتلا أو سارقا أو نحو ذلك مما يوجب الحد و القصاص، فمدار الخيار فيه على نقص الماليه الموجب للتضرر، و لعل إطلاق اسم العيب عليه باعتبار اللغه، لأنه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحكام العيوب الحديث ۱.

بهـا لمطلق الوصـمه، أو لأنه عيب فى المعامله باعتبار اشـتمالها على الضـرر، أو غير ذلک، بل قـد يناقش فى ثبوت الأرش لجمله منها کما يفصـح عنه حکمهم بثبوت الخيار فى العبـد الجانى، و فى الـدار المسـتأجره لو بيعت من دون ذکر أرش، و بـذلک يتم الأمر، و يظهر لک ما فى جمله من الکلمات، و اللَّه الهادى هذا کله فيما يعد عيبا.

و أمـا فوات مـا لم يکن کـذلک فقـد عرفت فى بحث الشـرائط أن کل ما مشترطه المشترى على البائع مما يسوغ، فأخل به أو لم يحصل يثبت به الخيار و إن لم يکن فواته عيبا؛ کاشتراط الجعوده فى الشـعر و التأشير بالشـين المعجمه فى الأسنان، و الزجج فى الحواجب و الإسـلام؛ و البکاره و معرفه الطبخ أو غيره، و کونها ذات لبن، أو کون الفهد صيودا، و لو شرط غير المقصود، و ظهر الخلاـف و لم يکن غرض يعتـد به، فلاـ خيـار على الأـقوى، و ليس منه شـرط الکفر أو الثيوبه أو کون الـدابه حائلا فبانت حاملا لتعلق الأغراض بـذلک، و لو شـرطها حاملا صح و لو شـرط الحلب کل يوم شـيئا معلوما، أو طحن الدابه قدرا معينا، ففى القواعد لم يصح.

و کيف کان فالمراد من الخيار المزبور الرد و الالتزام بلا أرش إذا لم يکن فواته عيبا کما عرفت البحث فيه فيما تقدم، کما أنک عرفت کون المقصود من اشتراط هـذه الصـفات التى لاـ ترجع إلى فعـل المشترط تعريض العقـد للجواز إذا لم تحصل فلاحظ و تأمل جيدا کى يظهر لک جمله مما له تعلق بالمقام. و اللَّه أعلم.

و ها هنا مسائل

[المسأله الأولى التصريه تدليس]

الأـولى: التصـريه تـدليس إذ المراد بهـا جمع اللبن فى الضـرع أيامـا ليظن الجاهـل بـذلک أنهـا حلوب، و فى المحکى عن نهايه الأثيريه المصراه: الناقه أو البقره

أو الشاه يصرى اللبن فى ضرعها أى يجمع و يحبس، ثم قال: أيضا قد تكررت هذه اللفظه فى الأحاديث منها

قوله عليه السلام (۱)«لا تصروا الإبل و الغنم»

فان كان من الصر فهو بفتح التاء و ضم الصاد و إن كان من الصرى فيكون بضم التاء و فتح الصاد و

روى أيضا(۲)من اشترى مصراه فهو بخير النظرين»

و المصباح المنير «صريت الناقه، فهى صريه من باب تعب إذا اجتمع لبنها فى ضرعها، و يتعدى بالحركه و التضعيف مبالغه و تكثيرا فيقال: صريتها تصريه إذا تركت حلبها» و الصحاح «صريت الشاه تصريه إذا لم تحلبها أياما؛ و الشاه مصراه فلم يذكر غير الشاه» و القاموس «ناقه صريا محفله و الصرى:

كربى المصراه و الشاه المحفله» انتهى و حفلت الشاه بالتثقيل، تركت حلبها حتى اجتمع اللبن فى ضرعها فهى محفله، و كان الأصل حفلت لبن الشاه، لأنه هو المجموع فهو محفل هذا.

و لكن لم أجد هذه اللفظه فى شى ء مما وصل إلينا من النصوص، إلا

ما عن الصدوق فى معانى الأخبار(۳)«عن محمد بن هارون الزنجانى عن على بن عبد العزيز عن ابى عبد اللّٰه عليه السلام رفعه إلى النبى صلى اللّٰه عليه و آله لا تصروا الإبل و الغنم، فإنه خداع، و من اشترى مصراه فإنه يتخير بأحد النظرين، إن شاء ردها و رد معها صاعا»

و قد قيل: الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور، لعدم وجوده فى كتب الأخبار، بل و كذا ما عن هدايه الحر لا تصروا الإبل و الغنم من اشترى مصراه فهو بأخرى النظرين إن شاء ردها و رد معها صاعا تمرا و

روى أيضا(۴)«من اشترى محفله فليرد معها صاعا

بل لم أعثر فى النصوص على

۱- ۱ النهايه الأثيريه ج ۳ ص- ۲۸۴ الطبعه الخيريه بمصر.

۲- ۲ النهايه الأثيريه ج ۳ ص- ۲۸۴ الطبعه الخيريه بمصر.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخيار الحديث- ۲ مع اختلاف يسير.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخيار الحديث- ۳.

ما يفيد معناها و إن لم يكن بهذا اللفظ، سوى

حسن الحلبی (۱)عن ابی عبد اللّٰه علیه السلام «فی رجل اشتری شاه فأمسکها ثلاثه أیام ثم ردها، قال: إن کان فی تلک الأیام یشرب لبنها رد معها ثلاثه أمداد؛ و إن لم یکن لها لبن فلیس علیه شی ء»

و لا دلاله فیه علی أنها کانت مصراه؛ و بذلک یظهر أن استناد بعض الأصحاب فی بعض أحکام التصریه إلی إطلاق النصوص انما یراد به النصوص العامیه(۲)المرویه فی کتب فروع الأصحاب التی قد سمعت بعضها، و تسمع فیما یأتی الباقی.

لکن یهون الخطب أنه لا إشکال فی کونه تدلیسا محرما إجماعا محصلا و محکیا فی المسالک و و غیرها کما أنه لا إشکال فی کونه فی الشاه یثبت به الخیار بین الرد و الإمساک بل الإجماع محصله و محکیه مستفیصا جدا إن لم یکن متواترا علیه، بل فی محکی الخلاف. أن أخبار الفرقه علیه أیضا، فذلک مضافا إلی خبر الضرار(۳)الذی هو مستند أصل الخیار فی التدلیس، بعد اتفاق الأصحاب ظاهرا کاف فیه، و لا أرش فیه کما صرح به بعضهم، بل الإجماع إن لم یکن محصلا فهو محکی علیه، مضافا إلی الأصل بعد ان لم یکن عیبا، و اندفاع الضرر بالخیار.

نعم لو کان المدلس عیبا اتجه الأرش فیه من حیث العیب، کما أن المتجه حینئذ تعدد جهه الخیار کما هو واضح، و أما أنه إذا رد الشاه یرد معها لبنها الموجود حال العقد فهو علی مقتضی الضوابط لکونه بعض المبیع، و لذا نفی الخلاف عنه فی المحکی عن کشف الرموز، بل فخر الإسلام الإجماع علیه، لکن عن المبسوط «أنه إذا کان لبن التصریه باقیا لم یشرب منه شیئا، فإن أراد رده مع الشاه لم یجبر البائع علیه، و إن قلنا أنه یجبر علیه لأنه عین ماله کان قویا» بل فی المختلف «عن ابن البراج الجزم بأنه لا یجبر علی أخذه، و أن له أخذ الصاع من التمر أو البر، فإن تعذر فقیمته

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخیار الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخیار الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخیار الحدیث ۳- ۵.

و إن بلغت قيمه الشاه، بل عن المهذب البارع أن فيه أقوالا ثلاثه، الأول رده، و الثانى رده و رد صاع معه من حنطه أو تمر، و نسبه إلى أبى على، الثالث أنه يرد صاعا من بر و نسبه إلى القاضى فى المهذب و إن كان فيه أن المحكى

عن أبى على فى المختلف (۱)أنه قال: حكم النبى صلى اللّه عليه و آله فى المصراه إذا أكرهها المشترى فردها بأن يرد معها عوضا عما حلب منها صاعا من حنطه أو تمر،

و قد سمعت ما حكاه فيه عن ابن البراج، و تنزيل هذه على صوره التعذر لا يخلو من بعد، و لعل مستندها إطلاق النصوص العاميه، و فيه-

مع أنه لا تعرض فيها للبن الموجود حال العقد، بل يمكن بناء إطلاقها على الغالب من تلفه، و أن الصاع عوضا كما سمعته من مرسل أبى على (۲)- لا جابر لها بالنسبه إلى ذلك فالقول حينئذ برد الصاع عوضا عنه و إن كان موجودا أو رده معه، كما ترى، بل المتجه رد اللبن نفسه من دون شى ء لأصاله البراءه، و ليس للبائع حينئذ عدم قبوله و المطالبه بالصاع كما هو واضح.

أما لو تلف فقد قال المصنف: إنه يرد معها مثل لبنها، أو قيمته مع التعذر و هو المشهور بين المتأخرين، بل عن ظاهر مجمع البرهان الإجماع عليه، لأن اللبن من المثلى فمع تلفه و وجوب رده يضمن بمثله، كما فى غيره، و مع تعذر المثل ينتقل إلى القيمه، لأنها أقرب حينئذ إلى العين؛ و بالجمله فحكمه حكم المثليات، فلا ينبغى إطاله الكلام فى ذكر أحكامها هنا، خلافا للإسكافى و الشيخ و القاضى و أبى المكارم و ابن سعيد على ما حكى عن بعضهم، فيرد صاعا من تمر أو بر، بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرقه و أخبارهم، كما فى الغنيه الإجماع عليه أيضا.

و قيل كما عن الشيخ بل فى التحرير أنه نسبه إلى جماعه و لم نجد واحدا منهم، و لعله من العامه يرد ثلاثه أمداد من طعام إلا أنه لم نجد له شاهدا سوى حسن الحلبى (۳)المتقدم الذى قد عرفت عدم الدلاله فيه على التصريه، مع أنه معارض بأدله

۱- ۱ المختلف الجزء الثانى ص ۱۹۴.

۲- ۲ المختلف الجزء الثانى ص ۱۹۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الخيار الحديث- ۱.

الطرفين كمـا أنه لم نجـد لسابقه شاهـدا بعـد الإجماعين الموهونين، بخلاف المتأخرين، بل قيل و الشـيخ فى النهايه سوى الجمع بين خـبرى أبى هريره(۱)و عبـد اللّه بن عمر(۲)اللـذين مع فى إطلاقهمـا من المخـالفه كمـا عرفت لاـ جابر لهما فى المقام سوى الإجمـاع المزبور الـذى قـد عرفت حـاله، و يمكن حملهمـا على التراضـى بكون ذلـك قيمه له. هـذا كله فى اللبن الموجود حال العقد.

أمـا المتجـدد فقـد يظهر من المتن مسـاواه حكمه للموجود، بل قيل إنه ظاهر المقنعه و النهايه و السـرائر و التحرير و المفاتيـح أو صريحهما و صريح اللمعه و إيضاح النافع، بل عن الفخر نسبته إلى إطلاق الأصحاب كما عن الأردبيلى أنه ظاهر عبارات المتون، و قـد استشـكل فيه جماعه، لكن لم أجـد ما يقتضـى مخالفه قاعـده كون النماء للمالك التى قد عرفت عدم الكلام فيها فى سائر مباحث الخيار و غيره، سوى دعوى إطلاق الأخبار العاميه التى ليس فى شـى ء منها تعرض للبن الموجود و المتجـدد و دعوى أن الفسخ رافع للعقد من أصله المخالفه للقواعد أيضا و لما عليه الأصحاب فى غير المقام أيضا.

فقـد ظهر لك من ذلك أن المشـهور أقوى فحينئذ، إذا امتزج مع الموجود حال العقد، اشتركا بالسويه إذا لم يعلم زياده أحدهما على الآـخر، و إلاـ اصـطلحا و لو تعيب اللبن المبيع عنـده، وجب رده مع الأرش كما فى القواعـد و الـدروس و جامع المقاصـد و الروضه و المسالك،

لكونه مضمونا عليه، إذ هو جزء المبيع، و ربما احتمل رده مجانا و الانتقال إلى البدل و هما معا ضعيفان.

نعم قد يتجه أولهما إذا كان لا من قبل المشترى، باعتبار أن العيب فى مده الخيار مضمون على البائع إذا فرض بقاء خيار الحيوان فى الشاه المصراه، و أنه لا يسقط بالاختيار، و مثله يجرى فى التلف الذى قد ذكرنا ضمانه بالمثل و مع التعذر بالقيمه.

فينبغى تقييده بما إذا كان من قبل المشترى، و إلا فلا ضمان عليه كغيره مما تلف فى

۱- ۱ سنن بيهقى ج ۵ ص ۳۱۸.

۲- ۲ سنن بيهقى ج ۵ ص ۳۱۹.

زمن الخيار، و لو اتخذ اللبن جبنا أو سمنا ففى الدروس «الظاهر أنه كالتالف» و فيه أن عين المال موجوده، فالمتجه حينئذ ردها إليه، و إن استحق المشترى عليه الأجره.

لكن فيها أيضا إنه على تقدير الرد له ما زاد بالعمل، و وافقه ثانى الشهيدين مصرحا بصيرورته معه شريكا بنسبه الزياده، و لعل ما ذكرناه أولى، ضروره احتياج ما ذكره إلى الدليل و ليس، بل لعل الدليل على خلافه قائم، و لو تحفلت الشاه بنفسها لنسيان المالك حلبها أو غيره ففى القواعد و غيرها أنه لا خيار له؛ و لعله لانتفاء التدليس، و الأصل اللزوم، و قد يقوى ثبوته، لأن ضرر المشترى لا يختلف، فكان بمنزله ما لو وجد بالمبيع عيبا لم يعلمه البائع، و اللّه أعلم.

و كيف كان ف تختبر المصراه للعلم بتصريتها التى لم يقربها البائع و لا قامت بها البينه بثلاثه أيام كما فى القواعد و التذكره و اللمعه و الإرشاد، فإنها غالبا بها ينكشف حالها و أنها مصراه أو لا؟ بل أغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف فيها، فضلا عن التصريه، و لذا وضع الشارع إرفاقا بالمشترى ثلاثه أيام للخيار فيه؛ و لعل إطلاق المصنف و من عبر كعبارته ظاهر فى عدم تحديد الاختيار فيها بحد مخصوص؛ فربما كانت معرفتها مصراه، متوقفه على النقصان عن الحلبه الاولى فى تمام الثلاثه، و ربما كانت بأقل من ذلك، كما أن معرفه عدم تصريتها تاره يحصل بمساواه حلبها فى الثلاثه للأولى أو زيادته، و أخرى بأقل من ذلك، فالمراد أن الثلاثه حينئذ غالبا بها ينكشف الحال، و يرتفع الإجمال، و إلا فقد تعرف التصريه أو عدمها قبل الثلاثه.

و إليه أومى الشهيد فى المحكى عن غايه المراد قال: «إن التحديد بالثلاثه فى النص لمصلحته، لتجويز أن تحلب فى اليومين حلبا متساويا ثم تنقص عنه فى الثالث، فإنه يثبت له الخيار» و قال فى المسالك: «إن اتفقت الحلبات فى الثلاثه، أو كان ما عدا الأولى أزيد لم تكن مصراه، و إلا بأن كانت ما عدا الأولى أقل فهى مصراه، و كذا لو

كـان يعضـها ناقصـا و الآـخر زائـدا» و قـال فى الـدروس: «و تثبت بـاعتراف البائع و نقص حلبها فى الثلاثه عن الحلب الأول، فلو تسـاوت الحلبـات فى الثلاـثه أو زادت اللاـحقه فلا خيار، و لو زادت بعـد النقص فى الثلاثه لم يزل الخيار» فإنه مع تعليق الظرف الأـخير فيه بزادت يكون ظـاهرا فى ثبوتها قبل انقضاء الثلاثه، بل هو ظاهر ما تسـمعه من عباره المصـنف و القواعـد و غيرهما، إذ حملهما على خصوص الإقرار أو البينه خلاف الظاهر.

بـل لعله على ذلك يحمل ما فى التـذكره قال: «و تختبر التصـريه بثلاثه أيام، و يمتـد الخيار بامتـدادها، كما فى الحيوانات للخبر، لأن الشارع وضع هذه الثلاثه لمعرفه التصـريه، فإنه لا يعرف ذلك قبل مضـيها لجواز استناد كثره اللبن إلى الأمكنه فإنها تتغير، أو إلى اختلاـف العلف، فـإذا مضت ثلاثه أيام ظهر ذلك، فيثبت الخيار حينئـذ على الفور، و لا يثبت الخيار بالتصـريه قبل انقضائها، لعدم العلم بالتصريه.

لكن فى جامع المقاصـد اسـتظهر من نحو عباره الكتاب اعتبار اسـتمرار النقصان إلى الثالث بل جعله صـريح التـذكره، ثم قال: «و هل يعتبر نقصان اليوم وحده؟ أى عند العلامه فى التذكره تعليله بإمكان زياده اللبن حيث زاد لاختلاف الأمكنه و المرعى يقضى بعـدم اعتباره، لأن ظاهر هـذه أنه لا بد من التكرار، ليوثق بكون النقصان لا لأمر عارض، و قوله بعدم الثبوت قبلها لأنها هى المده المضروبه، و قد يقتضى الثبوت بالنقصان فى اليوم الثالث».

قلت: قد عرفت أن التحقيق عدم انضـباط ذلك، إلا أن الغالب انكشاف حالها فى ضـمن الثلاثه، و منه يعلم ما فى جامع المقاصد من الميـل إلى النقصـان فى الثلاثه مطلقا مثبت للتصـريه، مـدعيا أن المفهوم من النص و إطلاق كلامهم أن نقصان اللبن فى جزء من الثلاثه موجب للخيار، إذ هو واضح المنع، بل لا يبعد عدم انحصار معرفتها بالثلاثه، إذ ربما عرض لها فيها ما يمتنع معه معرفه التصـريه، و لعل إطلاق كلام الأصـحاب مبنى على الغالب، قال فى التذكره «لو عرفت التصريه فى آخر الثلاثه أو بعدها، فالأقرب ثبوت

الخيـار، لاـنه عيب سابق، و التنصـيص على الثلاثه لمكان الغالب، بل قيل: إن ظاهر المقنعه و النهايه و السـرائر و الغنيه و المفاتيح عدم اعتبار الثلاثه، لعدم ذكرهم لها فتأمل جيدا.

و كيف كان فقد قيل: إنه- بناء على عدم اشتراط استـمرار النقصان- ينحصـر معرفه التصـريه بالاختبار، إذ لا أثر للبينه و الإقرار ما لم يتحقق النقصان، لأنه هو الموجب للتخيير، ضـروره سقوط الخيار لو رد اللبن بعد التصريه هبه من اللّٰه تعالى على وجه صار لها عاده مثلا، و إذا تحقق النقصان لم يكن لهما أثر، للاكتفاء به حينئذ عنهما في ثبوته.

أمـا على اشتراط الاسـتمرار، فيمكن القول بثبوتهـا بهمـا إذا اقترن بنقصـان مـا، و إن كان بـدونهما لا بـد من الاسـتمرار، و فيه أنه يمكن القول بثبوتها بهما على الأول من غير حاجه إلى تحقق نقصان، فيفسخ حينئذ بذلك، بناء على أصاله عدم تغير حالها، و ان كان ينكشف عدم اثر الفسخ لو أنفق صـيروره ذلك عاده لها، فإنه حينئذ مانع من صـحه الفسخ، لا أن النقصان شـرط له، و فرق واضـح بين الأـمرين، على أنه يمكن المنـاقشه في الاكتفـاء بنقصان ما، بثبوتهما بعـد ان كان ذلك غير مثبت لها بنفسه، لاحتمال كونه من عارض العلف و نحوه، فهو أعم منه، و ربما كان ما في التحرير مبنيا على ما ذكرنا قال: «لو علم بالتصـريه قبل حلبها، إما بالإقرار أو بالبينه ردها من غير شي ء» إذ لم يقيده باشتراط النقصان، و نحوه ما تسمعه من عباره التذكره. فتأمل جيدا، فإنه بذلك يظهر لـك ما في كلام بعض الأساطين، منهم الشـهيد الثاني في المسالك، و إن كان يمكن تنزيله بتكلف على ما ذكرنا. و الأمر في ذلك كله سهل.

إنمـا الكلام في أمور بها ينكشف جمله من كلمات الأصـحاب، الأول أن المصـراه التي أريـد معرفه تصـريتها بالاختبار يبقى فيها خيار الحيوان لكونها أحد أفراده، أو أنه يسـقط بالتصـرف الذي هو اختبار التصريه، قد يظهر من عباره التذكره السابقه الأول، بل هو أيضا ظاهر التحرير، قال «فيه مده الخيار في المصراه ثلاثه أيام كغيرها من الحيوان، و يثبت على الفور و لا يسقط بالتصرف، و لاـ يثبت قبـل انقضـاء الثلاثه على إشـكال» بل و كـذا ما عن المبسوط و الخلاف من أن مـده الخيار فيها ثلاثه أيام مثلها في سائر الحيوان، مستدلا في الثاني

منهما على ذلک بإجماع الفرقه على ثبوت الخیار فی الحیوان ثلاثه أیام شرط أو لم یشرط و هذا داخل فی ذلک.

قال: و خبر أبی هریره(۱)و ابن عمر(۲)صریح فی ذلک مشیرا به إلی

ما رووه من قوله علیه السلام (۳)من اشتری شاه مصراه فهو بالخیار ثلاثه أیام إن شاء أمسکها و إن شاء ردها؛ و صاعا من تمر و فی الآخر أو بر

بل قد یظهر منهما من الکتابین الأخیرین أنه لا خیار من حیث التصریه، و إنما هو خیار الحیوان،- و خصوصیه التصریه حینئذ عدم سقوط خیار الحیوان باختبارها، و لعله إلیه أومی فی الدروس بقوله «یتقید الخیار بالثلاثه لمکان خیار الحیوان» صرح به الشیخ و من هنا احتاج بعض متأخر الأصحاب إلی ذکر الفرق هنا بین خیار الحیوان و التصریه، فقال إن خیارها بعد الثلاثه إذا کان ثبوتها بالاختبار بخلافه، فإنها فیها و ان ثبتت قبل ثلاثه بالإقرار مثلا و قلنا بفوریته کان هو الفارق حینئذ بینهما، و إلا لم یتقید بالثلاثه، علی أنه لا مانع من تعدد الأسباب، و تظهر الثمره حینئذ بالإسقاط و نحوه، و هو جید، إذا احتمال عدم الخیار بالتصریه بعد ما سمعت من الإجماعات السابقه و أنه تدلیس و غیر ذلک مما دل علی الخیار من هذه الحیثیه کما تری بل ینافیه إطلاق الاختبار ثلاثه، ضروره أنه لا یجامعها حیث لا تثبت بدونه، و الحکم بکونه یتخیر فی آخر جزء منها یوجب المجاز فی

الثلاثه، بل قد یقال: بسقوط خیار الحیوان إن لم ینعقد إجماع علی خلافه، و بقاؤه من حیث التصریه، بناء علی سقوطه بمثل هذا التصرف، إذ استثناؤه من بین التصرفات لا دلیل معتد به علیه، خصوصا مع شرب اللبن الموجود حال العقد الذی هو بعض المبیع، خلافا لجامع المقاصد حیث قال:

«و الذی ینبغی علمه هنا هو امتداد الخیار بامتداد الثلاثه، لأنه خیار الحیوان کما صرح به الشیخ، و تصرف الاختبار مستثنی دون غیره فمتی علم بالتصریه فشرط بقاء الخیار عدم التصرف، فإذا انقضت الثلاثه فالخیار علی الفور» و فیه ما لا یخفی بعد الإحاطه

۱- ۱ سنن بیهقی ج ۵ ص ۳۱۸ و ۳۱۹.

۲- ۲ سنن بیهقی ج ۵ ص ۳۱۸ و ۳۱۹.

۳- ۳ سنن بیهقی ج ۵ ص ۳۱۸ و ۳۱۹.

بما مضى و يأتى.

نعم لا يسقط خيار التصريه باختبارها بشرب اللبن، للإجماع و غيره، لا مطلق الخيار، و لذا لو كان فيها عيب و اختبر تصريتها لم يكن له الرد بـذلك العيب، و كان له الأرش خاصه، و من هنا قال فى الدروس «لو رضـى بالتصـريه فوجد بها عيبا قبل الحلب فله ردها، عنـد الشـيخ مع الصاع، و لو حلبها غير مصـراه ثم اطلع على العيب فله ردها عنـده، إن كان اللبن باقيا و الا فلا، لتلف بعض المبيع، أما اللبن الحادث فله، و لا يمنع حلبه من الرد، و منع الفاضل من الرد فى الصوره الأخيره، لمكان التصـرف و يحتمل المنع فى الأول أيضا لأن الحلب إنما يغتفر فى الرد بالتصريه و على كل حال فالمتجه حينئذ استقلال خيار التصريه عن خيار الحيوان.

الثانى- الظاهر عـدم مـده مخصوصه لهـذا الخيار للأصل السالم عن المعارض، إلا الخبر العامى (۱)السابق الذى لم يجمع شرائط الحجيه بالنسـبه إلى ذلك، لكن فى التذكره لو عرف التصـريه قبل الثلاثه أيام بإقرار البائع أو بشـهاده الشـهود ثبت به الخيار إلى تمام الثلاثه لأنه كغيره من الحيوان، أما لو أسـقط خيار الحيوان فإن خيار التصريه لا يسقط، و هل يمتد إلى الثلاثه أو يكون على الفور إشكال، و للشافعيه وجهان، و فيه ما عرفت و إليه أومى فى الدروس «فإنه قال بعد العباره السابقه آنفا: و روى العامه الثلاثه؛ لمكان التصريه، و يظهر الفائده لو أسقط خيار الحيوان.

نعم يتجه فى هـذا الخيـار البحث فى أنه على الفور أو التراخى كغيره من الخيـارات التى لم يظهر من الأـدله المخصوصه توسـعته بالخصوص، و قـد قدمنا سابقا أن القول بالتراخى ما لم يؤد إلى الضـرر على البائع، لا يخلو من قوه، و قد يظهر من عباره التذكره السـابقه و غيرها التفصـيل هنا بين ثبوته فى ثلاثه الحيوان أو ثبوته بعـدها، ففى الأول يمتـد إلى انتهائه، و فى الثانى على الفور، و اليه أومى فى الدروس بقوله «هذا الخيار على الفور

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۱۸.

إذا علم به، و الظاهر امتداده بامتداد الثلاثه إن كانت ثابته، و إلا فمن حين العلم و كأنه بناه على أن منشأ الفور الاقتصار على

المتيقن فى مخالفه ما يقتضى لزوم العقد، أما إذا كان جائزا كما فى الفرض فلا مقتضى للفور، و فيه أن التوسعه من جهه أخرى لا تقتضى التوسعه من غير تلك الجهه كما هو واضح، فالمتجه حينئذ فوريته بناء عليها و إن كان فى الثلاثه، فان لم يفعل سقط، و إن بقى الخيار من الجهه الأخرى و ستسمع ما فى القواعد.

الثالث: قد ظهر لک مما ذكرنا أنه تثبت الخيار متى تثبت التصريه، و لا يتوقف على مضى الثلاثه، و ما فى التحرير من أنه لا تثبت قبل انقضاء الثلاثه على إشكال، يمكن أن يكون مبنيا على إمكان ثبوت التصريه قبلها و عدمه، لا أنه يشترط مضى الثلاثه، و إن عرف التصريه، و لذا صرح فيه قبل ذلک بأنه لو علم بالتصريه قبل الحلب بالإقرار أو البينه ردها من غير شى ء و قال فى القواعد «و لو كان المشترى عالما بالتصريه فلا خيار، و لو علم بها قبل الثلاثه تخير على الفور.

لكن فى الدروس «لو علم المشترى بالتصريه فلا خيار بها، و لو علم بها بعد العقد قبل الحلب تخير، قاله الفاضل مع توقفه فى ثبوت الخيار قبل الثلاثه لو حلبها» قلت لعل وجهه ما عرفت، و قد تلخص من جميع ما ذكرناه ان خيار التصريه يستقل عن خيار الحيوان، و لا مده له، بل هو على البحث فى نظائره أنه على الفور أو التراخى، من غير فرق بين الثلاثه و ما بعده، و أن الاختبار المذكور لا دليل شرعا عليه حتى يترتب الحكم على إطلاقه، بل هو يبين على نحو غيره من الموضوعات العرفيه، فلا يتقيد بالثلاثه، و خصوصا مع إراده النقصان فى جزء منها المحتمل كونه للمكان أو للمرعى أو غيرهما، و بذلک مضافا إلى ما سمعته فى مطاوى البحث، يظهر لک النظر فى جمله من كلمات الأصحاب كالشيخ و الفاضل و الشهيدين و الكركى و غيرهم فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فقد ظهر أن الخيار فى التصريه مخالف لقاعده السقوط بالتصرف

المتلف لبعض المبيع و غير ذلک، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن، و من هنا قال المصنف و تثبت التصريه فی الشاه قطعا و إجماعا بقسميه و نصوصا(۱)منجبره بالعمل و إن كانت عاميه و أما فی الناقه و البقره ف على تردد لما عرفت من الاقتصار على المتيقن حيث لا نص من طرقنا يشملها، إلا أن المشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلا إلحاقهما بها، بل عن الشيخ فی الخلاف الإجماع عليه، بل قيل أن الإجماع يلوح أيضا من السرائر و التذكره، بل قد سمعت ما يدل عليه فی الإبل من النصوص العاميه(۲)المتجه بعدم القول بالفصل بينها و بين البقر، مضافا إلى دعوى المساواه لها فی العله الموجبه للخيار، و هی كون اللبن مقصودا مع التدليس، و إلى التعليل فی الخبر بأنه خداع (۳)و الى خبر الضرار(۴)إلا أن الانصاف إن لم يتم الإجماع، عدم خلو الإلحاق

بعد، بحيث يثبت لهما ما سمعته من أحكام التصريه من إشكال، لعدم اقتضاء جمله مما ذكرنا ذلک نعم ينبغی الجزم به من حيث التدليس إذا كان اللبن هو المقصود، أو بعضه بل و مع الإطلاق، لأن لبنهما مما يقصد.

و لو صرى أمه لم يثبت الخيار مع إطلاق العقد لعدم النص مضافا إلى شهره الأصحاب، بل عن كشف الرموز و ظاهر السرائر و التذكره و غيرهما الإجماع على عدم ثبوت التصريه فی غير الثلاثه.

نعم له الخيار مع الشرط كما فی المسالک لكن قال «إن لم يتصرف و لو بالحلب و إلا فالأرش» و فيه انه لا أرش للشرط إذا لم يكن فقده عيبا، كما أن الخيار لفقد الشرط لا يسقط بالتصرف، كما هو ظاهر المتن هنا، على ما اعترف به فی المسالک، كما أن

۱- ۱ سنن بيهقی ج ۵ ص ۳۱۸.

۲- ۲ سنن بيهقی ج ۵ ص ۳۲۱.

۳- ۳ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۳ و ۵.

القول بثبوت الخيار فيها للتدليس حيث يكون المقصود لبنها متجه و إن لم يثبت لها أحكام التصريه، و إليه يرجع ما عن تعليق الإرشاد، من أنه ان أريد بثبوت الخيار فيها لو ثبت تصريتها فهو متجه، و ان أريد ثبوت الخيار مع التصرف و كون الثلاثه محلا لثبوته بنقصان اللبن فيها فهو خلاف الأصل، و لم يثبت بنص و لا إجماع، بل و ما فى الدروس قال «و من التدليس التصريه فى الشاه و الناقه و البقره على الأصح، و نقل فيه الشيخ الإجماع، و طرد ابن الجنيد الحكم فى الحيوان الآدمى و غيره» و ليس بذلك البعيد، للتدليس إذ الظاهر إراده ثبوت الخيار بذلك، لا ثبوت الأحكام التصريه و من هنا قال بعد ذلك: «لو قلنا بقول ابن الجنيد فى تصريه الآدميه، و الأتان و فقد اللبن لم يجب البر و التمر و لو أوجبناه فى الشاه و البقره لعدم النص، و عدم الانتفاع به فيما ينتفع بلبن المنصوص، فمراده ثبوت حكم التدليس على الظاهر، و إلا كان محلا للنظر؛ بل لا يبعد إلحاق حبس ماء القناه و الرحى و إرساله عند البيع و الإجاره حتى تخيل المشترى كثرته بالتصريه من حيث الخيار، كما صرح به فى الدروس و محكى التذكره ضروره كونه تدليسا موجبا له كتحمير وجه الجاريه و تسويد شعرها و تجعيده، و إرسال الزنبور فى وجهها فيظنها للمشترى أنها سمينه و كذا البحث فيما لو صرى البائع أتانا بفتح الهمزه أى حماره لاشتراكها مع الأمه فى جميع ما ذكرناه حتى فى الإجماع المحكى على نفى التصريه فيها.

و لو زالت تصريه الشاه الثابته بالإقرار أو البينه أو بالاختبار بناء على ما قد مناه من إمكان ثبوته و صار ذلك عاده قبل انقضاء ثلاثه أيام هبه من اللّه تعالى بحيث علم صيروره ذلك عاده لها سقط الخيار لانتفاء الضرر الذى أوجبه، و إطلاق الخيار بها فى النصوص العاميه منزل على الغالب، فالقول به حينئذ ضعيف جدا إذ هو حينئذ من قبيل بعض العيوب السريعه الزوال.

و أما لو زالت بعد ذلک أی الثلاثه لم یسقط الخیار لحصول موجبه فیستصحب، و المراد ببقائه حینئذ بناء علی فوریته استمرار صحه الفسخ، و إن تحقق الزوال بعد ذلک، بمعنی أن الزیاده المتجدده لا- تکون کاشفه عن بطلانه، و لا مبطله له، إذ المراد بالنسبه إلی خصوص جاهل الفوریه، و الخیار بناء علی عدم سقوطه معه هذا، و قد أشکل علی بعضهم إطلاق العباره و ما ماثلها زوال التصریه قبل ثلثه، بناء علی عدم معرفتها إلا بمضی الثلاثه، فحمل العباره علی خصوص معرفتها بالإقرار و البینه، فإنه یتصور حینئذ فیها ثبوت التصریه و زوالها، و إن قلنا بتوقف الثبوت بهما، أی الإقرار و البینه علی نقصان ما إذ یکفی حینئذ نقصان الحلبه الأولی، لکن بناء علی الفوریه فیه حتی فی الثلاثه یجب إراده عدم استمرار صحته من السقوط فی المتن، بمعنی أنه ینکشف بذلک عدم الخیار، أو أنه یبطل به، أو أن المراد علم بهما بعد زوالها، فإنه یسقط حینئذ کما یسقط الخیار بالعیب القدیم، إذا علم به بعد زواله، و کذا لو لم تعلم الأمه بالعتق حتی عتق زوجها.

لکن لا یخفی علیک ما فی حمل العباره علی ذلک من الخفاء، بل حملها علی ما ذکرنا من أنه یمکن ثبوت التصریه و زوالها فی الثلاثه بالاختبار أیضا أولی، إلا أنه قد یشکل بأنه لا دلیل حینئذ علی سقوط الخیار، الثابت سببه بمجرد الزوال فی الثلاثه بخلاف ما بعد و إن قل، و یمکن حمل العباره علی إراده زوال التصریه بأن صار ذلک عاده لها أی صریت فلم تنقص أبدا، و یکون المراد حینئذ بسقوط الخیار عدم ثبوته من أصله، و کیف کان فالأمر فی ذلک سهل بعد وضوح الحکم مما ذکرناه سابقا علی کل تقدیر.

و لو ماتت الشاه المصراه أو الأمه المدلسه ففی القواعد و عن غیرها فلا شی ء له لامتناع الرد بالموت و الأرش بعدم العیب، و قد یشکل بإمکان الفسخ و دفع القیمه خصوصا بعد ما ذکره هو من بقاء الخیار فالمبیع الذی کذب فی الإخبار عن رأس ماله،

إذ لا فرق بين المقامين على الظاهر، و قد تقدم فى الأبحاث السابقه فى الخيار ما يؤكد ذلك فلاحظ و تأمل فإنه قد تقدم لنا فى خيار الغبن ما يقتضى أن الأصل اعتبار وجود العين فى الخيار، إلا ما خرج، و لعله لظهور التخيير بين الرد و الإمساك فى ذلك.

لكن قد يقال هنا أن الخيار إنما هو فى العقد و رد العين، إنما هو من توابعه، و حكمها فى كل مقام يراد منه الرد، الانتقال للمثل أو القيمه، و أولى من ذلك ما لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس، لكنه قال فى القواعد: «إنه لا شى ء له أيضا». و علله فى جامع المقاصد بالاقتصار على موضوع الوفاق، و بأن هذا العيب من ضمان المشترى، بل قال: «إن التقييد بقبليه علمه غير ظاهر، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه، الآن لثبوت خياره» قلت: التعليلان الأولان معا كما ترى، إذ لا دليل على أن حدوث العيب مانع من الرد فى غير المعيب.

نعم ما ذكره من التعليل أخيرا جيد و إن كان هو غير موافق لما أسلفناه سابقا، لكن منه ينقدح أن عدم سقوط خيار التصريه بالاختبار لتقدمه على حصول سببه، فلا ينافى حينئذ ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، ضروره ظهوره فيما كان منه بعد ثبوت الخيار، خصوصا إذا قلنا بذلك لدلالته على الرضا، بل قد ينقدح من ذلك أن أحكام التصريه على القاعده، و أنها فرد من خيار التدليس و اللّه أعلم.

[المسأله الثانيه الثيبوبه ليست عيبا فى الإماء]

المسأله الثانيه: الثيبوبه ليست عيبا فى الإماء كما هو صريح جماعه، و مقتضى نفى الخيار به و حصر العيوب فى غيره من آخرين، بل هو المشهور نقلا و تحصيلا، بل عن كشف الرموز لا خلاف، بين الأصحاب فى أن الثيبوبه ليست عيبا يوجب الرد، و إنما اختلفت عباراتهم فى اشتراط البكاره، و فى التحرير لا نعلم خلافا فى أن الثيبوبه ليست عيبا؛ و عن إيضاح النافع أن عليه الفتوى، لأن البكاره صفه كمال بالنسبه الى غير العاجز و ليست عيبا، و نسبه أيضا إلى الأصحاب، و فى المسالك أطلق الأصحاب، و الأكثر من غيرهم أن الثيبوبه ليست عيبا و لعله لأصاله اللزوم بعد غلبه ذلك فيهن، و صيرورته

بمنزله الخلقه الأصليه، و إن كانت عارضه إذ قل ما يوجد فيهن الأبكار، فلا اغترار بأصاله السلامه التى هى بمعنى الغلبه، بل قد عرفت أن خبر محمد بن مسلم (۱)المشتمل على تعريف العيب مداره الزياده و النقيصه على أصل خلقه أغلب ذلك النوع، لا أقل من الشك، مع انه لا جابر له فى خصوص المقام، مضافا إلى

خبر سماعه(۲)«سألته عن رجل باع جاريه على أنها بكر فلم يجدها كذلك، قال: لا ترد عليه، و لا يجب عليه، شى ء إنه قد يكون تذهب فى حال مرض أوامر يصيبها»

منجبر بما سمعت.

لكن قد يقال: بمنع عدم صدق العيب عرفا بعد إن كانت البكاره مقتضى الطبيعه و الخلقه الأصليه، فى جميع النوع، و غلبه العروض فى خصوص المجلوب منها لا ينافى ذلك، كما أن خبر سماعه- مع أنه ظاهر فى الشرط الذى ستسمع شهره الأصحاب إن لم يكن إجماعهم على ثبوت الخيار له؛ و لذا حملوه على الجهل بكونها عند البائع؛ لغلبه زوالها بالعوارض، بل ربما كان التعليل فيه ألصق بهذا من غيره، و معارض ل خبر يونس (۳)و محتمل لكون عدم الرد للتصرف فيكون المنفى فيه عدم شى ء مخصوص من

العشر و نحوه، لا الأرش- لا دلاله فيه على عدم العيب، ضروره إمكان كون عدم الرد به للغلبه التى تصيره كالعيب الذى أقدم عليه المشترى أو تبرأ منه البائع؛ و أنه بها يرتفع الاغترار بأصل السلامه؛ و لا ينزل إطلاق العقد على السالم فيبقى حينئذ أصل اللزوم بحاله.

و يمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك، بإراده نفى العيب الموجب للرد و الأرش، كما سمعته من معقد نفى خلاف كشف الرموز، و يؤيده ما تسمعه من أن المشهور ثبوت الأرش مع الشرط، و لو لا أنه عيب، لم يتجه ذلك، بناء على ما عرفت من عدم توزيع الثمن على الشرائط، و احتمال أنه ل خبر يونس الاتى (۴)لا لأنه عيب كما ترى.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱- من أبواب أحكام العيوب الحديث ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶ من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶ من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶ من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۱.

و منه حينئذ ينقدح دلاله خبر يونس الاتى على المطلوب، كما أنه ينقدح مما ذكرنا كون المدار حينئذ فى عدم ترتب حكم العيب عليه الغلبه المزبوره، فمع فرض انتفائها كما فى الصغيره و الإماء المستولده فى بلاد الإسلام و نحو ذلك، يتجه حينئذ ترتب حكم العيب عليه بل المتجه بناء على ما ذكرنا أيضا لزوم البيع لو عرض الثيبوبه عند المشترى بغير تصرف منه، لأنه من حدوث العيب المانع من الرد المعين، للأرش إلى غير ذلك.

بل قد يظهر لك مما عن مهذب القاضى كونه عيبا مطلقا، قال: «إذا لم يشترط الثيبوبه و

لا البكاره فخرجت ثيبا أو بكرا لم يكن له خيار، و كان له الأرش إذا الأرش لا يكون إلا للعيب» و لعل عدم الخيار حينئذ لتصرفه بها، إذا الغالب معرفه ذلك بالوطى فيكون حينئذ عنده عيبا، و مال إليه المقداد مطلقا، و احتمله الشهيدان، بل مال إليه ثانيهما و بعض من تأخر عنه فى الصغيره، و التحقيق ما عرفت من أن المدار على الغلبه المزبوره.

نعم لو شرط البكاره فكانت ثيبا كان له الرد مطلقا ان ثبت أنها كانت ثيبا عند البائع كما هو مقتضى تخلف كل شرط، مضافا إلى ما عرفت من أنه عيب عندنا، إلا أنه منع من ترتب مقتضاه حال عدم الشرط، الغلبه المزبوره، أما معه فيترتب عليه حكمه مع أنه لا أجد خلافا بين الأصحاب فى الخيار مع الشرط، إلا ما يحكى عن النهايه من اشترى جاريه على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له ردها، و لا الرجوع على البائع بشى ء من الأرش، لأن ذلك قد يذهب من العله و التروه و نحوه عن الكامل و يمكن إرادتهما غير صوره الشرط على معنى شرائها بتخيل البكاره، و أظهر من ذلك إرادتهما ما لو جهل بكونها عند البائع، كما يومى إليه التعليل.

و الخلاف إذا اشترى جاريه على أنها بكر فكانت ثيبا، روى أصحابنا أنه ليس له الرد و هو مع أنه غير مخالف، يمكن ارادته غير صوره الشرط، و أنه تصرف فيها، و المبسوط إن شرط أن تكون بكرا فخرجت ثيبا روى أصحابنا أن ليس له الخيار و له الأرش، و نحوه

عن مهذب القاضی و الاستبصار بل قیل: أنه اختاره ابن إدریس أولا ثم عدل عنه، و قد یریدون حال التصرف.

و التذکره قال: أصحابنا إذا اشتراها علی أنها بکر فکانت ثیبا لم یکن له الرد، لما رواه سماعه(۱)و ساق الخبر المتقدم، و قد یحتمل أیضا ما عرفت.

و علی کل حال فلا- إشکال فی ثبوت الخیار بل لا- إشکال فی أن له الأرش إذا اختار الإمساک کما نسبه فی الدروس و المسالک إلی المشهور، بل لعل عدم ذکره فی المتن و نحوه لا لعدم ثبوته، بل لأنه فی معرض ثبوت أصل الخیار.

و لا یشکل بأن الثمن لا یوزع علی الشرائط، لما عرفت من أن الأرش من حیث کونه عیبا لا من حیث أنه شرط، مضافا إلی

خبر یونس (۲)«فی رجل اشتری جاریه علی أنها عذراء فلم یجدها عذراء قال: یرد علیه فضل القیمه، إذا علم أنه صادق»

بناء علی حمله علی صوره الشرط و علم سبق ذلک قبل البیع بالبینه، أو الإقرار أو قرب زمان الاختبار لزمن البیع، أو کونه بعده فی زمن ضمان البائع، ضروره، أنه لا أرش لو علم تأخره عن زمان ضمان البائع، بل إن جهل ذلک لم یکن له الرد لأن ذلک قد تذهب بالخطوه و نحوها، فیحتمل کونه فی زمن ضمان المشتری، لا لأصاله تأخر الحادث لما تقرر فیها من الإشکال حتی بالنسبه إلی معلوم التاریخ، بل لأصاله لزوم العقد و براءه ذمه البائع، بعد

التسلیم الظاهر فی أنه تمام الحق، کما هو واضح.

و لو شرط کونها ثیبا فبانت بکرا کان له الخیار بین الرد و الإمساک مجانا علی الأقوی، وفاقا لجماعه عملا بقاعده الشرط، ضروره کون ذلک منه، إذ قد یتعلق له غرض به لعجزه عن افتضاض البکر، أو غیره خلافا لما عن المبسوط و التحریر، فلا خیار، لکون الضد صفه کمال؛ و فیه ما عرفت نعم لا أرش من هذه الجهه و اللّه أعلم.

[المسأله الثالثه الإباق الحادث عند المشتری لا یرد به العبد]

المسأله الثالثه لا خلاف و لا إشکال فی أن الإباق الحادث عند المشتری

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶ من أبواب أحکام العیوب الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶ من أبواب أحکام العیوب الحدیث- ۱.

الـذی لم یکن مضـمونا علی البـائع لاـ یرد به العبـد و لاـ یسـتحق به أرش کما فی سائر العیوب الحادثه کـذلک من غیر فرق بین الصغیر و الکبیر، و الذکر و الأنثی؛ للأصل و

قول أبی جعفر علیه السلام فی مرسل ابن أبی حمزه(۱)«لیس فی الإباق عهده»

و قال

فی خبر محمد بن قیس (۲)«إنه لیس فی إباق العبد عهده إلا أن یشترط المبتاع»

أما لو أبق عنـد البائع کان للمشتری رده و إن لم یکن أبق عنـده، بلا خلاف أجده کما اعترف به فی التحریر قال: «الإباق عیب لا نعلم فیه خلافا فی الأـمه و العبـد، و الصـغیر و الکبیر»، بـل عن المبسوط الإجمـاع علی أن بالخیـار، و مقتضـاه أنه عیب، بـل لعل العرف کـذلک أیضـا ضـروره کونه بحکم التـالف بل هو أبلغ من السـرقه لغیره، لأنه سـرقه لنفسه، بل لعل خبر محمـد بن مسـلم (۳)شامل له، بناء علی إراده ما یشمل نقص الصفات الغالبه فی النوع منه؛ و

فی خبر أبی همام (۴)«أن محمد بن علی قال للرضا علیه السـلام: الإباق من أحداث السنه؟ فقال: لیس الإباق من هذا إلا أن یقیم البینه أنه کان أبق عنده».

و قـد یظهر منه کالمتن و غیره، بل هو صـریح التـذکره و جامع المقاصـد الاکتفاء بالمره الواحده عند البائع، لأن الإقدام و لو مره یوجب الجریه علیه، و یصـیر للشـیطان علیه سبیـل، و لتحقق صـدق العیب بهـا عرفـا؛ خلافـا لمـا عن بعض الأصـحاب من اشتراط الاعتیـاد، و إن قـال بعض مشایخنـا إنـا لم نتحققه، و ربمـا لاـح ممـا عن المبسوط و اختـاره ثانی الشـهیدین و قال: أقل ما یتحقق بمرتین.

و علی کل حال ففیه بحث و إن کان یشهد له أصاله اللزوم و لو للشک فی کونه عیبا بها.

نعم ینبغی تقیید الرد به بالمره الواحده، بما إذا لم یظهر بعدها التوبه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحکام العیوب الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحکام العیوب الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱ من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۲- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۲.

الصادقه و ملكه الطاعه، بل لا بـد من هـذا التقييـد على تقـدير اعتبار الاعتياد أيضا، ثم إن الظاهر من المتن أنه بـذلك يكون عيبا يجرى عليه حكمه من الرد و الأرش، لا أن له الرد خاصه على كل حال، كما عساه يوهمه الاقتصار عليه، كما أن ظاهر خبر محمـد بن قيس (۱)صحه اشتراط عـدم الإبـاق و لعله لا بأس به إذا كان شرطا للخيار فى مـده مخصوصه كاشتراطه برد الثمن و نحوه فتأمل.

[المسأله الرابعه إذا اشترى أمه لا تحيض فى سته أشهر و مثلها تحيض كان ذلك عيبا]

المسأله الرابعه المشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلا أنه إذا اشترى أمه لا تحيض فى سته أشهر، و مثلها تحيض فيها كان ذلك عيبا لانه لا يكون إلا لعارض غير طبيعى و هو المدار فى ثبوته عرفا، بل لا خلاف أجده فيه إلا من العجلى؛ و لا ريب فى ضعفه، للصدق عرفا و لانه من نقص الصفات، و ل

صحيح داود بن فرقد(۲)«سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر، و ليس بها حمل، فقال: إن كان مثلها تحيض، و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد به»

بل فى المسالك «إن فى دلالته على اعتبار السته أشهر نظرا لأنه إنما علق الحكم على حيض مثلها، و أراد به نفى الصغر و الياس و إن كان ذلك مستفادا من إثبات الإدراك، و نفى

كونه عن كبر فان من المعلوم أن مثلها تحيض فى تلك المده و أقل منها، و السؤال وقع عن تأخير الحيض سته أشهر، و الجواب لم يتقيد به؛ و حينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عاده أمثالها فى تلك البلاد كان حسنا».

قلت: و هو جيد بل هو مقتضى ما سمعت من التعليل و يمكن تنزيل عبارات الأصحاب على ما لا ينافيه، و منه ينقدح أنه لا ينبغى أن يكون مجرد بلوغ تسع سنين و التأخر سته أشهر موجبا لذلك، لانه قد عرف بالتجارب التأخر عن عشر سنين،

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب أحكام العيوب الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳- من أبواب أحكام العيوب الحديث ۱-.

بل عن أزيـد من ذلك، فالمتجه حينئذ النظر إلى أمثالها سـنا مع الاتفاق فى البلد و المزاج فى الجمله، فإن وجد فيها دونها يكون عيبا.

ثم إنه لا بـد من تنزيل الخبر و عبارات الأصـحاب على إراده علم سـبق ذلك عنـد البائع، و إلا فمع احتمال عروض العارض عند المشترى لا رد و لا أرش، كما أنه يجب تقييد الرد بما إذا لم يتصـرف فى هذه المده، و إلا كان له الأرش كغيره من العيوب، إذ احتمال اسـتثناء ذلك منها بأن التصـرف لا يسـقطه لإطلاق الرد فى الصحيح المزبور(۱)مع اسـتبعاد عدم التصرف فى هذه المده مخالف لظاهر الفتاوى و للأدله السابقه على تعين الأرش معه المرجحه بها

عليه، و إن كان التعارض من وجه، كما هو واضح،

[المسأله الخامسه من اشترى زيتا أو بزرا فوجد فيه ثفلا فإن كان مما جرت العاده بمثله لم يكن له رد و لا أرش]

المسأله الخامسه من اشترى زيتا أو بزرا بفتـح الباء و كسـرها و لعله أفصح زيت الكتان و أصـله محذوف المضاف أى دهن البزر فوجد فيه ثفلا بالضم ما اسـتقر تحت الشى ء من كدره فإن كان مما جرت العاده بمثله لم يكن له رد و لا أرش لأنه ليس عيبا أو لأن جريان العاده يجعله كعلم المشترى به أو إسـقاط البائع له و كذا لو كان كثيرا و قد علم المشترى به قبل العقد، لما عرفت من أن ذلك رضاء منه به فلا رد و لا أرش، و لا يشـكل صـحه البيع بالجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر و إن شوهد لعدم الاكتفاء بها، لما عرفته مكررا بأن العلم بالجمله كاف فى رفع ذلك.

أما إذا لم يكن عالما بكثره الثفل فظاهر المصـنف و غيره أن له حكم العيب بل لا أجـد فيه خلافا لكونه عيبا عرفا، و لكونه على غير أصل الخلقه، و

قال ميسر بن عبد العزيز(۲)لأبى عبد اللّه عليه السلام: «الرجل يشترى زق زيت فيجد فيه درديا؟ فقال:

إن كان يعلم ان الدردى يكون فى الزيت فليس عليه ان يرده، و إن لم يكن يعلم فله أن يرده»

۱- ۱ الوسائل الباب ۳ من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۱ باختلاف يسير.

و عبر بمضمونه فی التحریر، بل قیل و النهایه و السرائر و جامع الشرائع، و لعل المراد من الجمیع ما فی المتن و غیره بجعل جریان العـاده بمنزله العلم، کمـا انه یحتمل العکس؛ بحمل ما فی المتن علی اراده العلم بجریان العاده، بل لعله أولی عنـد التأمل، إلا أن یکون شـیئا یسـیرا لاـ یعـد مثله عیبا فی العاده؛ فإنه لا خیار حینئـذ و ان لم یعلم و کیف کان فلا دلاله فی الخبر علی أنه مع عـدم العلم عیب یستحق به أرشا لو أراده أو مع التصرف، أو الرد فیه أعم من ذلک و من کونه من تبعض الصفقه، باعتبار خروج بعضه دردیا غیر سمن، و قد یشهد له

الصحیح (۱)عن جعفر عن أبیه علیه السـلام «أن علیا علیه السـلام قضی فی رجل اشتری من رجل عکه فیها سمن احتکرها حکره فوجـد فیهـا ربـا فخاصـمه إلی علی علیه السـلام فقـال له علی علیه السـلام لـک بکیل الرب سـمنا فقال له الرجل: إنما بعته منک حکره، فقال له علیه السلام: إنما اشتری منک سمنا، و لم یشتر منک ربا،»

إلاـ أنه یجب حمله بعـد أن کـان المبیع شخصیا لاـ کلیـا علی إراده أن له من الثمن بقـدر ما یقابل الرب من السـمن، و منه یعلم حینئذ صحه البیع فی نحو ذلک بعنوان أنه سمن و إن بان الخلاف، بل یثبت الخیار للتبعض، مضافا إلی

عدم الجهاله بعد العلم بالجمله، و کونها المبیع و لو بزعم العنوان خطأ.

و التحقیق التفصـیل بین ما یعـد بمزجه عیبا فی الممزوج معه و عـدمه فی العرف، و هو مختلف بالنظر إلی الکم و الکیف، و لعله لذا قال فی التحریر «الدردی فی الزیت و البزر عیب موجب للرد أو الأرش مع عدم علم المشتری به» و قال أیضا «لو اشتری سـمنا فوجـد فیه غیره، تخیر بین الرد و أخـذ ما وجـده من السـمن بنسـبه الثمن، و لا یلزم البائع ان یعطیه سـمنا بإزاء الناقص، و إن کان سمانا» و من ذلک یعلم انه قد یجتمع للمشتری خیاران من التبعض و العیب إذا فرض انه یثبت بالخلط أیضا.

[المسأله السادسه تحمیر الوجه و وصل الشعر و ما شابهه تدلیس]

المسأله السادسه لا إشکال بل و لا خلاف فی ان کلا من تحمیر الوجه

۱- ۱ الوسائل الباب ۷ من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۳.

و وصل الشعر و ما شابهه یثبت به الخیار إذا شرط فبان الخلاف، بل فی المسالک الإجماع علیه لما عرفته سابقا مما دل علی ذلک، إلا أنه بین الرد و الإمساک مجانا ضروره عدم کونه عیبا، فلم یبق إلا جهه الشرطیه.

نعم لو کان المشترط مما یکون فقده عیبا اتجه ذلک کما هو واضح، أما إذا لم یشترط و اشتراها محمره ذات شعر فبان أنها لیست کذلک، فالمشهور بین الأصحاب أنه تدلیس، فیثبت به الخیار بین الرد و الإمساک مجانا، من دون الأرش إذا لم یکن قد بان عیب فیها کغیره من أنواع التدلیس الذی لم أجد خلافا فی ثبوت الخیار به، بل قد سمعت الإجماع بقسمیه علی ثبوته بالتصریه التی هی فرد منه، مضافا إلی خبر الضرار(۱).

و قیل کما عن الخلاف انه لا یثبت به الخیار ذکر ذلک فی الجعد و التحمیر و التبییض، و لعل وصل الشعر مثلها عنده، بل قیل إنه ظاهر التحریر و الإرشاد و الدروس، و إن کان قد یناقش فیه باحتمال نفیه من حیث العیب، ردا علی ما یفهم مما عن المبسوط، بل لعله ظاهرها أو ظاهر بعضها لا- من حیث التدلیس، بل لعل ما فی الخلاف کذلک، لکن لم یحضرنی فیرتفع الخلاف حینئذ من أصله.

و علی تقدیره فلا ریب فی أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، إذ لا مجال لاحتمال کونه غیر تدلیس، کما أنه لا مجال لعدم ثبوت الخیار به علی تقدیره، بل لا یبعد ثبوت الخیار و إن لم یکن من فعل المولی: لحصول الضرر علی المشتری بذلک دون البائع، لعدم وجود الصفه فی مبیعه فی الواقع، و اللَّه أعلم.

[القول فی لواحق هذا الفصل و فیه مسائل]

اشاره

بقی القول فی لواحق هذا الفصل، و فیه مسائل،

[المسأله الأولی إذا قال البائع بعتک بالبراءه و أنکر المبتاع فالقول قوله مع یمینه]

الأولی: إذا قال البائع بعتک بالبراءه من العیوب و أنکر المبتاع، فالقول قوله مع یمینه، إذا لم یکن للبائع بینه بلا خلاف یعرف، کما اعترف به بعضهم ل

قوله صلی اللَّه علیه و آله و سلم (۲)البینه علی

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخیار الحدیث ۳- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی الحدیث- ۳.

المدعی و الیمین علی من أنکر»

إذ هو مدع حتی لو قلنا أنه الذی «یترک لو ترک» لأن المراد به بالنسبه إلی تلک الدعوی نفسها و هو هنا کذلک، فلا ینافیه الفسخ حینئذ من المشتری، علی أنه لا- یتوقف علی عدم دعوی البائع البراءه، بل هو یحصل بموجبه، فإذا ثبت البراءه ینکشف فساد الفسخ و لو کان مورد النزاع فی حال العقد الواقع، أمکن التحالف کما تقدم فی نظائره.

و لو کان کیفیه الدعوی استحقاق المشتری الفسخ، و البائع ینکره من غیر ذکر سبب خاص أمکن القول حینئذ بکون البائع المنکر، و لعله علیه ینزل ما عن المبسوط- «من أنه قد یکون البائع منکرا کان یدعی المشتری ابتیاعه السلعه و به عیب، فیقول البائع: بعته بریئا من هذا العیب فله أن یحلفه و اللّٰه لا یستحق رده علی، لأنه قد یبیعه و به

العیب، ثم یسقط الرد بالرضا بالعیب»، بناء علی إراده البراءه من استحقاق الرد بقرینه آخر کلامه، لا أن المراد نفی الاستحقاق باشتراط البراءه من العیوب و إلا- کان من المسأله المفروضه فی المتن التی عرفت عدم الخلاف فیها، و أنه لا- إشکال للخبر المزبور الذی لا یصلح لمعارضته مکاتبه جعفر بن عیسی (۱)لأبی الحسن علیه السلام المتقدمه فی المسقطات من وجوه، منها أن المفهوم من سیاقه أن إنکار المشتری لسماع البراءه وقع مدالسه، لعدم رغبته فیه و إلا فهو عالم بتبری البائع، و لذلک ألزمه الإمام علیه السلام بالثمن.

و کیف کان فعن الشهید فی حواشیه أن یمین المشتری هنا علی نفی العلم، و لعله لأنها علی نفی فعل الغیر مضافا إلی إیماء قوله فی خبر جعفر(۲)لم أسمع إلیه.

و فیه ان مرجعه إلی ما وقع علیه العقد إذ لا أثر للبراءه التی لم یسمعها المشتری و من هنا قال فی المحکی عن النهایه و السرائر یحلف انه لم یبرأ إلیه من العیوب و باعه مطلقا أو علی الصحه، و الأمر سهل، و کدعوی التبری دعوی العلم بالعیب أو الرضاء به بعد العقد أو نحو ذلک، و عن التذکره أن مثلها أیضا دعوی التقصیر فی الرد، و فی المسالک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۱.

«أنه يتم فى الخيار الفورى لا فى خيار العيب»، قلت لعله فرعه على القول بأن خيار

العيب فورى كما صرح به فى الغنيه على ما ستعرف إنشاء اللَّه و اللَّه أعلم.

[المسأله الثانيه إذا قال المشترى هذا العيب كان عند البائع فلى رده و أنكر البائع فالقول قوله مع يمينه]

المسأله الثانيه إذا قال المشترى: هذا العيب كان عند البائع أو قبل القبض مثلا فلى رده، و أنكر البائع، فالقول قوله مع يمينه بلا خلاف أجد فيه لأن المشترى هنا هو المدعى باعتبار مخالفه دعواه أصاله اللزوم و «يترك لو ترك» فيكون البائع منكرا يقبل قوله مع يمينه، لكن إذا لم يكن للمشترى بينه و إلا وجب الأخذ بها و لا شاهد حال يشهد له يفيد القطع للحاكم بصدق دعواه، مثل أن يكون العيب إصبعا زائدا أو قطع إصبع قد اندمل موضعه، و قد اشتراه من يومه أو أمسه، و إلا كان القول قوله بلا يمين، كما أنه لو كان كذلك بالنسبه إلى إنكار البائع كطراوه الجرح مع تطاول زمان البيع، قبل قوله بلا يمين.

أما إذا لم يفد القطع فظاهر الدروس و غيرها ممن قيد القرينه بإفاده القطع عدم اعتباره، و استحسنه ثانى المحققين، لأن القرائن المثمره للظن الذى لم يثبت من قبل الشارع اعتباره يبعد المصير إليها، قال: و يستفاد من ذلك التعويل على ما أثمر القطع و اليقين فى كل موضع كالشياع إذا بلغ مرتبه التواتر، فأثمر اليقين، قلت، قد يظهر من إطلاق المتن و النافع و القواعد و الإرشاد الاكتفاء بما يفيد الظن أيضا، إلا أنه لا بد من اليمين معه، لأن أقصاه لو كان مع المشترى انقلاب البائع مدعيا باعتبار مخالفته للظاهر، و المشترى منكرا لموافقته إياه، فيقبل قوله مع اليمين، و لا ثمره له حينئذ لو كان مع البائع، لأن القول قوله بيمينه بدونه.

و عن حواشى الشهيد إن كان شاهد الحال للبائع لا بد من اليمين، لانه منكر، و إن كان للمشترى فلا يحتاج إلى يمين، لان الحال تشهد له بسبق العيب على العقد، كالبينه التى تشهد له بسبق العيب، و فيه ما لا يخفى سواء أراد الظنى منه أو القطعى.

و كيف كان فيمين البائع على نفى العيب إذا كان مختبرا للمبيع مطلعا على

خفاياه قبل البيع، لا على نفى العلم بلا خلاف أجده بل فى الرياض قولا واحدا، و مقتضاه عدم الاكتفاء به لو حلف كذلك، و هو لا يخلو من إشكال، سيما إذا كان جوابه به، أما إذا لم يكن قد اختبره فقد يقال: إن له الحلف على القطع عملا بأصاله العدم، بناء على ظاهر السلامه، كما يحلف على عدم النجاسه فى الماء استنادا إلى أصالتها.

و عن التذكره و الميسيه و غيرهما الاكتفاء حينئذ بنفى العلم: و فى المسالك «و هو حسن لاعتضاده بأصاله عدم التقدم فيحتاج المشترى إلى إثباته،» قيل و معناه أن هذا الحلف لا يسقط الدعوى بالكليه، بل لو ظفر بعد ذلك ببينه أقامها، و سمعت و هذا أحد الاحتمالين أو القولين فى مثل المسأله، و لعل الأقرب أنه لا يكتفى بذلك منه، فيرد الحاكم اليمين على المشترى، فيحلف فيرد أو يأخذ الأرش، قلت: و هو متجه بناء على عدم الإكتفاء بالحلف على نفى العلم فى الصوره الأولى، إذ لا أثر للاختيار و عدمه، فى كون حق المدعى اليمين على نفى العلم، فالمتجه اتحادهما فى الحكم؛ و أنه يكفى فيهما معا اليمين على نفى العلم حتى إذا كان الجواب نفى العيب، و يكفى ذلك فى نفى استحقاق المشترى الرد الذى يشترط فيه معلوميه السبق و لو بطريق شرعى، فتأمل جيدا فإن المسأله لا تخلو بعد من نظر، و قد أشبعنا الكلام فيها فى كتاب القضاء فلاحظ، هذا كله إذا كان الجواب بنفى العيب.

أما إذا كان الجواب بلا يستحق الرد على بهذا العيب فهو جواب صحيح يجب على الحاكم استماعه و إحلافه على ذلك، كما عن المبسوط من غير حاجه إلى نفى العيب أو العلم به، و ما عن النهايه و السرائر من إطلاق أنه كان على البائع اليمين بالله أنه باعه صحيحا، لا عيب فيه، منزل على غير ذلك، كما أن ما عن أبى على من أنه إن ادعى البائع أنه حدث عند المشترى أحلف المشترى إن كان منكرا، منزل على المقام أيضا فتأمل جيدا.

و لو بـاع الوكيـل فالمشترى يرد بالعيب على الموكل و لو أنكر سـبق العيب لم يقبل إقرار الوكيل عليه، و كان للمشترى الرد على الوكيل إذا كان جاهلا بالوكاله و لم يتمكن الوكيل من إقامه البينه على وكالته و إقرار الموكل بها لا يجدى فى جواز الرد عليه.

نعم كـان للوكيـل تحليف الموكـل على نفى العيب دفعا للظلامه عن نفسه، و لو أنكر الوكيل المجهوله وكالته سـبق العيب حلف على النفى دفعـا للغرامه عن نفسه، فـان نكل رد عليه، و فى جواز رده حينئـذ على الموكل وجهان مبنيان على أن اليمين المردوده كالإقرار فلا يرد، أو كالبينه فيرد، و ربما أشـكل بناء الوجهين على ذلک، بأن البينه على سبق العيب غير مسموعه من الوكيل على الموكل، بعـد إنكاره السـبق، لانه معترف بكون المشترى ظالما، و قـد يـدفع بأن المراد كونها كالبينه من الراد، لا من الناكل فهى حاكمه عليها، لكن فى اقتضاء ذلک جواز الرد من الوكيل نظر.

نعم للمشترى الرد بهـا بعـد اعتراف البائع بالوكاله، أو يقال بأن إنكاره لسـبق العيب على وجه الاسـتناد إلى الأصل بحيث لا ينافى ثبوته و لا دعوى ثبوته كأن يقول فى الجواب لا حق لک على من جهه هـذه الـدعوى، إذ ليس فى المبيع عيب لک على الرد به، فلا يمتنع حينئذ تخريج المسأله على القولين و اللّٰه أعلم.

[المسأله الثالثه يقوم المبيع صحيحا و معيبا و ينظر فى نسبه النقيصه من القيمه فيؤخذ من الثمن بنسبتها]

المسأله الثالثه إذا أراد المشترى أخذ الأرش حيث يكون له، فطريق معرفته أنه يقوم المبيع صحيحا و معيبا و ينظر فى نسبه النقيصه من القيمه فيؤخذ من الثمن بنسبتها أى ما بين القيمتين، لأنه هو الذى فات عليه بسبب العيب، لا أنه يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين، و إن أطلق فى النصوص و عبـارات بعض القـدماء ذلـک، الاـ أنه يجب تنزيله على كون الثمن قيمه المثل لا مطلقا و الا جمع فى بعض الأحوال بين العوض و المعوض و قد نهى عنه رسول اللّٰه صلى اللّٰه عليه و آله قال: لا يجمع بين

العوض و المعوض لواحد» على أن المراد جبر ما فات عليه بسبب العيب لا غيره، مما أقدم عليه أو غبن فيه أو غير ذلك، و الذى فات عليه بسبه ما ذكرناه مضافا الى ما سمعته من

الصحيح أو الحسن (۱)السابق المراد من قوله فيه «و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك»

ما سمعته قطعا، و الا لم يكن وجه للتقييد بالثمن كما هو واضح، و حينئذ فما عن بعض الجمهور من أن الأرش نقص قيمه المعيب من الأغلاط.

نعم هو متجه فى الأرش بالنسبه إلى الغاصب و نحوه، بل و الى البائع حيث يفسخ بخياره مثلا، و كان قد تعيب فى يد المشترى عيبا مضمونا، فإنه يأخذ حينئذ تفاوت ما بين القيمتين، لا من الثمن بالنسبه مع احتماله، لإقدامه على الضمان بالثمن، إلا أن الأول أقوى، و عن الشهيد فى الحواشى أن الأرش يطلق بالاشتراك اللفظى على معان آخر، منها- نقص القيمه لجنايه الإنسان على عبد غيره فى غير المقدر الشرعى و منها- ثمن التالف المقدر شرعا بالجنايه، كقطع يد العبد، و منها- أكثر الأمرين من المقدر الشرعى و الأرش، و هو ما تلف بجنايه الغاصب، ثم ان الظاهر مراعاه

القيمه حال العقد لان الثمن يومئذ قابل المبيع، و هو وقت دخوله فى ملكه، و وقت استحقاقه الأرش، لا يوم القبض باعتبار أنه يوم دخول المبيع فى ضمانه، و يوم استقرار الملك، لانه لا دخل لذلك فى اعتبار القيمه، و منه يعلم ضعف احتمال أقل الأمرين من يوم العقد الى يوم القبض، لأن القيمه ان كانت يوم البيع أقل فالزياده حدثت فى ملك المشترى، و لان يوم البيع وقت الاستحقاق، و ان كان يوم القبض، أقل فالنقص من ضمان البائع، لأنه وقت الاستقرار، و لعل احتمال

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶ من أبواب الخيار الحديث ۲.

کون المدار على القيمه حال استحقاق الأرش باختياره أو بحصول المانع من الرد أولى منهما، لان ذلك الوقت هو وقت استحقاق الأرش إذ قبله كان البائع مخيرا بين الرد و الأرش، فهو غير مستحق على التعين، و لذا لا تشتغل به ذمه البائع حينئذ بخصوصه الا مع أحد الأمرين، و لو كان العيب الذى يراد أرشه حادثا فى زمن الخيار مثلا بناء على استحقاق الأرش، فالمتجه ملاحظه القيمه حين حدوثه أو حال تعين استحقاقه بالاختبار أو التصرف مثلا فتأمل جيدا.

و يعتبر فى المقوم العداله و المعرفه و التعدد و الذكوره و ارتفاع التهمه، كما نص عليه فى الدروس و غيرها، الا انه مع ابتنائه على أن التقويم من باب الشهاده لا يخلو بعضها عن نظر، خصوصا مع تعذرها و انحصار المقومين فى فاقديها، و على تقدير الاشتراط، فالمتجه حينئذ عند التعذر الرجوع إلى الصلح بما يراه الحاكم، كما أن المتجه هنا سؤال الحاكم ممن يتمكن من المقومين و إن لم يجمعوا الشرائط ليكون على بصيره فى حكمه، و أما احتمال التعطيل حتى يحصل مقومون جامعون للشرائط، ففيه تعطيل الحق عن مستحقه؛ كما أن احتمال الاقتصار على المتيقن و نفى الزائد بأصاله البراءه فيه ضرر على من له الأرش، فالأولى ما ذكرنا.

كما أنه يمكن أن يقال إن اختلف أهل الخبره فى التقويم أو اختلف القيم، لأفراد ذلك النوع المساويه للمبيع، فان ذلك قد يتفق و لو نادرا، يتعين الصلح أيضا إذ الاقتصار على الأقل و نفى الزائد بأصل البراءه و الرجوع إلى القرعه أو التخيير للحاكم أو نحو ذلك، مما يظهر بعضه مما ذكروه فى تعارض الامارات، لكن المفيد و المصنف و الفاضل و الشهيدين و العليين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم على أنه يعمل على الأوسط الذى هو هنا عباره عن قيمه منتزعه من مجموع القيم، نسبتها إليه كنسبه الواحد الى عدد تلك القيم من القيمتين نصف مجموعهما و من الثلاثه ثلثه و

هكذا حتى تكون عملا بالجميع فى الجمله، و ذلك لانتفاء الترجيح لقيمه على أخرى، فالمراد من الوسط حينئذ القيمه المتوسطه بين الجميع بحيث لا تكون إلى واحده أقرب منها إلى أخرى، لا الوسط بالمعنى المنساق، ضروره انتفاؤه فى نحو القيمتين، و الأربعه و نحوها مما لا وسط لها.

و حاصله مراعاه نقيصه كل قيمه و زيادتها، فلو قوم صحيحا مثلا باثنى عشر و معيبا بعشره و قومه آخر صحيحا بثمانيه، و خمسه معيبا كان تفاوت قيمتيه صحيحا أربعه، فتقسم بالنصف إعمالا لكل من البينتين، فيكون قيمته صحيحا عشره و تفاوت قيمتيه معيبا مثلا خمسه فتقسم أيضا بالنصف إعمالا لهما، فيكون قيمته معيبا سبعه و نصفا، فالتفاوت حينئذ بين قيمه الصحيح و المعيب المنتزعين الربع، فيؤخذ ذلك من الثمن، و هذا معنى قولنا يؤخذ من القيمتين نصف مجموعهما، و من الثلث ثلثها، محافظه على ذلك.

و كذا قول بعضهم فى طريق ذلك، بوجه أسهل من الأول، إنه تجمع القيم الصحيحه، و القيم المعيبه، ثم تنسب و يؤخذ بنسبتها من الثمن، بل هو بعينه الرجوع إلى نصف مجموع القيمتين، ضروره كون النسبه بين المجموعين هى النسبه بين أجزائهما مع اتحاد الاجزاء فى الاسم كالنصف مثلا، فالنسبه بين العشرين و الخمسه عشر مثلا هى النسبه بين العشره و السبعه و نصف، و بالنسبه بين السته و الثمانيه، كالنسبه بين نصفيهما كما هو واضح، و مرجع الجميع إلى ما ذكرنا.

نعم يحكى عن الشهيد طريق آخر للجمع بين القيم، بل عن إيضاح النافع أنه الحق، و هو أن ينتسب معيب كل قيمه إلى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع بنسبه القيم كنصفه إن كانتا اثنتين و ثلثه لو كانت ثلاثه و هكذا، و هو قد يتحد

مع الطريق الأول، و قد يختلف، و كشف الحال يحصل بصور، الأولى أن يختلف المقومون فيها معا بأن قالت إحدى البينتين إن قيمته اثنى عشر صحيحا و عشره معيبا و الأخرى ثمانيه صحيحا و خمسه معيبا، فالتفاوت بين مجموع الصحيحتين و مجموع المعيبتين الربع، فيرجع ربع الثمن فلو كان اثنى عشر فالأرش ثلاثه و كذا إذا أخذت نصف مجموع الصحيحتين و هو عشره و نصف مجموع المعيبتين و هو سبعه و نصف، يكون التفاوت ربعا أيضا و على ما ذكره الشهيد يؤخذ تفاوت الأولى و هو السدس، و الثانيه و هو ثلاثه أثمان ثم يقسم ذلك بالنصف لأن الفرض أنهما قيمتان، فيكون نصف سدس و ثمن و نصف ثمن ثم يسقط ذلك من الثمن فإذا كان هو اثنى عشر سقط منه ثلثه و ربعه التي هى نصف السدس و ثلاثه أثمان أى سته و نصف، و لو كانت القيم ثلاثه إحداها كالأولى و الثانيه عشره صحيحا و ثمانيه معيبا و الثالثه ثمانيه صحيحا و سته معيبا فعلى الأول يكون التفاوت الخمس، لأن مجموع القيم الصحيحه ثلاثون، و المعيبه أربعه و عشرون، فالتفاوت سته هى خمس، فيرجع بخمس الثمن و هو اثنان و خمسان، من الاثنى عشر، و على الثانى يجمع سدس الثمن و هو اثنان من الاثنى عشر، و خمسه و هو اثنان و خمسان، و ربعه و هو ثلاثه، فيكون المجموع سبعه و خمسين، فيسقط من الثمن ثلثها و هو اثنان خمسان و ثلث الخمس، و به يزيد على الأول و قد يتحدان كما لو كانت إحدى القيمتين اثنى عشر صحيحا و أربعه معيبا، و الأخرى سته صحيحا و اثنان معيبا فإن التفاوت الثلثان على كل منهما، و كذا لو كانت الأولى سته معيبا و الثانيه ثلاثه، معيبا، فان التفاوت النصف على كل منهما أو كانت الأولى ثمانيه معيبا و الثانيه أربعه، فإن التفاوت الثلث على كل منهما.

و هكذا الصوره الثانيه: إن تتفق قيمه الصحيحه و تختلف المعيبه فلو كانت قيمته اثنى عشر صحيحا عند الجميع و قيمته معيبا بعشره عند قوم، و سته عند آخرين.

و الطريق على الاولى تنصيف مجموع قيمتى المعيبه و نسبته، إلى الصحيحه و يسقط من الثمن بالنسبه، و هو الثلث هنا أو تضعف الصحيحه و ينسب المجموع الى المجموع؛ و هو هنا الثلث أيضا، و على ما ذكره الشهيد يجمع السدس و النصف من الثمن، و يسقط نصفه و هو الثلث

هنا أيضا، و كذا لو كانت القيم فى المعيب ثلاثه بأن قالت الثالثه إن قيمته ثمانيه معيبا، فإنك إن كررت الصحيحه، أو أخذت ثلث مجموع قيم المعيبه و نسبته إلى الصحيحه، أو جمعت السدس و النصف و الثلث و أسقطت ثلثه من الثمن، كان التفاوت الثلث أيضا.

الصوره الثالثه: ان تتفق قيم المعيبه دون الصحيحه، بأن كانت قيمته سته معيبا عند الجميع و ثمانيه صحيحا عند قوم، و عشره عند آخرين، و التفاوت الثلث إن ضعفت المعيبه، و نسبتها إلى مجموع القيمتين أو أخذت نصف الصحيحتين، و نسبته إلى المعيبه، و على ما ذكره الشهيد يجمع التفاوت و هو الربع و الخمسان و هى من الاثنى عشر المفروض كونه ثمنا، أربعه و أربعه أخماس، ثم يسقط نصفهما من الثمن و هو ثلاثه و نصف و خمسان، و به يحصل الاختلاف بين الطريقين، و لو كانت القيم ثلاثه بأن كانت الثالثه اثنى عشر صحيحا صار التفاوت خمسين، سواء أخذت ثلث مجموع الصحيحه و هو عشره، و نسبته إلى المعيبه أو ضعفت المعيبه ثلاثا فتكون ثمانيه عشر و تفاوتها مع الثلاثين خمسان.

أما على ما ذكره الشهيد يجمع الربع و هو ثلاثه من الاثنى عشر و الخمسين و هو أربعه و أربعه أخماس و النصف و هو سته فيكون المجموع ثلاثه عشر و أربعه أخماس فيسقط ثلثها من الثمن و هو أربعه و ثلث و خمس و ثلث الخمس، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرنا. نعم قد يشكل ذلك كله بأنه لا دليل عليه، و قاعده الجمع بين البينات يمكن منعها فالمتجه حينئذ ما ذكرنا من القرعه، أو الاقتصار على الأقل، أو نحو ذلك مما سمعت الذى لا يخلو القول بالقرعه فيه من قوه، و مع تلك القاعده، فالأولى ما ذكره الشهيد من إعمال كل من البينتين ببعض ما قامت عليه من التفاوت على وجه لا يفصل أحدهما عن الأخر، ضروره كونه هو الذى اختلفت البينات فيه، و التقويم مقدمه له، لا- أنه ينتزع قيمه جديده خارجه عن المجموع كما هو مقتضى الطريق

الأول، إذ هو ليس جمعا فيما اختلفت فيه البينات من التفاوت الذى هو مقتضى أحدها الثلث مثلا، و مقتضى الأخرى الربع مثلا، بل اللائق بعد القطع بانحصار التفاوت فى أحد الأمرين، و لم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كل من البينتين و الحكم بكونه الأرش إعمالا لكل منهما فى النصف فتأمل جيدا.

اللهم إلا أن يقال انهم أخذوا ذلك مضافا إلى ما سمعت من

خبر عبد اللّه بن عمر(۱)الوارد فى الأضاحى قال: «كنا بمكه فأصابنا غلاء فى الأضاحى فاشترينا بدينار ثم بدينارين ثم بلغت سبعه، ثم، لم توجد بقليل و لا كثير فوقع هشام المكارى إلى أبى الحسن عليه السلام فأخبره بما اشترينا و انا لم نجد، فوقع عليه السلام انظروا إلى الثمن الأول و الثانى و الثالث فأجمعوا ثم تصدقوا بمثل ثلثه»

و قد عمل به الأصحاب فى محله بل قالوا الضابط أن تجمع القيمتان أو القيم و يتصدق بقيمه منسوبه إلى القيم بالسويه، فمن الثلاث الثلث، و من الأربعه الربع، و هكذا و اقتصار بعض على الثلث تبعا للروايه و إلا فالمراد ذلك، و هو قريب إلى ما قلنا به، بل لعل اختلاف البينات هو تعدد القيم باعتبار تفاوت الرغبات فيكون كالشى ء الواحد الذى له قيم متعدده و مقتضى العدل الجامع بين حقى المشترى و البائع هو ما ذكره الأصحاب، و

تضمنه الخبر المزبور، فليست المسأله حينئذ من تعارض البينات كى يجرى فيها حكمه.

و لو كان الثمن عروضا استحق المشترى قيمه نسبه التفاوت منه كما أنه لو كان نقدا لم يستحق الأرش فى خصوص ما دفعه منه، لان التحقيق كون الأرش من الغرامات فالثمن حينئذ ملك البائع على كل حال، و لو كان العيب فى الثمن و كان عروضا استحق البائع على المشترى قيمه نسبه التفاوت من المبيع فمع فرض كون التفاوت النصف استحق عليه قيمه نصف المبيع.

۱- ۱ الوسائل الباب ۵۸ من أبواب الذبح الحديث- ۱.

و قد يحتمل أنه يستحق عليه تفاوت ما بين الصحه و العيب، و لا جمع هنا بين العوض و المعوض عنه بحال، لان الغابن إن كان هو المشترى فالأمر واضح، و ان كان هو المغبون، فليكن كذلك فى الثمن و أرشه، ضروره أن الأرش ليس هو إلا جابرا للمعيب، بحيث يصيره صحيحا؛ و هو الغبن الأول الذى قد أقدم عليه، و فيه أن مثله يأتى فى عيب المبيع مع أنك قد عرفت انه يرجع على الثمن بنسبه التفاوت و دعوى- الفرق بينهما يكون الثمن قيمه للمبيع، بعد أن تراضيا عليه، فيكون التفاوت بالنسبه و ملاحظه القيمه الواقعيه إنما هو لمعرفه قدر التفاوت- يدفعها أنه كما أن الثمن قيمه للمبيع بالتراضى كذلك المبيع قيمه الثمن لذلك أيضا، فالأولى ملاحظه النسبه فى كل منهما، فتأمل جيدا.

[المسأله الرابعه إذا علم بالعيب بعد العقد و لم يرد لم يبطل خياره]

المسأله الرابعه إذا علم بالعيب بعد العقد و لم يرد لم يبطل خياره و لو تطاول إلا أن يصرح بإسقاطه أو يحصل ما يقتضيه مما عرفته فيما تقدم، إذ هو على التراخى على المشهور بل ربما ظهر من بعضهم الاتفاق عليه فضلا عن عدم الخلاف فيه، و فى المسالك «أنه المعروف فى المذهب و لا نعلم فيه خلافا» نعم فجعله فى التذكره أقرب و هو يشعر بخلافه، لكن لا نعلم قائله و إنما خالف فيه الشافعى جعله على الفور و هو محتمل إن لم يثبت الإجماع بتقريب الدليل السابق فى نظائره» قلت الاستصحاب و إطلاق الأدله بل ظهور بعضها إن لم يكن صريحه ينفى الاحتمال المزبور، فضلا عن الإجماع المذكور، و إن كان هو قول ابنى زهره و حمزه فى الغنيه و الوسيله بل نفى الخلاف عنه أولهما، إلا أنه غريب فلا ريب حينئذ فى التراخى كما أنه لا ريب فى أن له فسخ العقد بالعيب سواء كان غريمه حاضرا أو غائبا خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من اشتراط الحضور.

[المسأله الخامسه إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشترى رده]

المسأله الخامسه إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشترى

رده قطعا و فى الأرش تردد و خلاف قد تقدم الكلام فيه سابقا فى التسليم و لو قبض بعضه ثم حدث فى الباقى حدث العيب كان الحكم كذلك فيما لم يقبض لأنه مضمون على البائع و اتحاد الصفقه يلحق المقبوض به فى ذلك بل لا يجوز له الاقتصار على رد غير المقبوض لما عرفته مفصلا فى المعيب بعيب سابق إذ المسأله من واد واحد.

لكن فى المسالك هنا «أنه ربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب خاصه نظرا إلى أن سبب الرد هو العيب الحادث فى البعض و قد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده فيتعلق به جواز الرد دون المقبوض،» و فيه أن حدوث العيب فى غير المقبوض مقتض لجوار رده فى الجمله لا رده وحده، لأن كون المقبوض غير مضمون لا يمنع رده كما لا يقتضيه، فيبقى مقتضى اتحاد الصفقه الذى هو عدم جواز تبعيضها إلا بالتراضى بحاله من غير معارض، بل لو أراد المشترى رد الجميع و لم يرض البائع إلا برد المعيب وحده لم يكن له ذلك، لأن المعيب يرد بعينه الحادث فى وقت كونه مضمونا، و الباقى حذرا من تبعيض الصفقه كما هو واضح.

و أما ما يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد فى الثلاثه لأنه مضمون على البائع فيها، فلا ينافى الخيار الثابت فيها كما أنه لا يمنع الرد بالعيب السابق و لو فيما بعدها، لما عرفت من أن ثبوت الخيار به على التراخى و الحادث لا يصلح مانعا له، بعد أن كان مضمونا على البائع نعم ظاهر العباره أنه هو لا يوجب خيارا كما حكاه أول الشهيدين عنه فى الدروس قال: «و هو ينافى حكمه فى الشرائع بأن الحدث فى الثلاثه من مال البائع مع حكمه بعدم الأرش فيه» و كأنه يريد أنه إذا كان مضمونا على البائع كالجمله لزمه الحكم بالأرش، إذ لا معنى لكون الجزء مضمونا الا ثبوت أرشه، لأن الأرش عوض الجزء الفائت أو التخيير بينه و بين الرد، كما أن ضمان الجمله يقتضى الرجوع بمجموع عوضها و هو الثمن.

و من هنا كان خيره الشـهيدين و المحقق الثانى و غيرهم أن له الرد بالعيب الحادث بل صرح بعضهم بان له الأرش إن اختاره، إذ هو باعتبـار ضـمانه على البائع كالعيب السابق، و هو المنقول عن شـيخ المصـنف نجيب الـدين ابن نما فيكون له فى الثلاثه حينئذ الخيـار فى الرد من جهتين، و لا مانع، لأن علل الشـرع معرفات يمكن اجتماع كثير منها فى وقت واحـد، كما فى خيار المجلس و الحيوان و الشـرط و الغبن إذا اجتمعت فى عين واحده قبل التفرق، و تظهر الفائده فى المقام فى الإسـقاط و فى ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثه، و لعـدم تقيـد خيار العيب بها، و إن اشترط حصوله فى الثلاثه فما قبلها و قـد تقـدم فى العيب قبل القبض ما يظهر منه المطلوب هنا، لاتحاد هما فى كيفيه الدليل، فيأتى فى الأرش و الرد حينئذ ما سمعته سابقا.

و قـد ينتصـر للمصـنف بـأن الأصـل اللزوم و لاـ معـارض له سوى مـا دل على أن التلف فى الثلاـثه من مال البائع، و هو ظاهر فى الانفسـاخ و ألحق به العيب، إلاـ أن الإجمـاع على عـدم الانفسـاخ به، فيمكن أن يكون المراد بكونه من مـال البـائع أنه إذا فسـخ المشترى بخياره الـذى هو الثلاثه تسـتقر غرامه العيب على البائع، لا أنه يرد به، أو أن له الأرش للأصل السالم عن المعارض، و لا ينتقض ذلك بالعيب قبل القبض لأنه لا أرش له عنده أيضا، و أما الرد به فلعله للإجماع و نحوه، و بذلك يرتفع التنافى عن كلام المصنف و اللّه أعلم بحقيقه الحال.

[المسأله السادسه يرد المملوک من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص]

اشاره

المسأله السادسه: روى إسـماعيل أبو همام بن همام فى الصـحيح عن الرضا عليه السـلام (١)قال: سـمعته يقول «يرد المملوک من أحداث السنه:

من الجنون و الجذام و البرص

فقلت: كيف يرد من أحداث السنه قال: هذا أول السنه، فإذا اشتريت مملوكا به شى ء من هذه الخصال ما بينک و بين ذى الحجه فرده

١- ١ الوسائل الباب ٢- من أبواب أحكام العيوب الحديث- ٢-.

علی صاحبه»

و فی روایه علی بن أسباط عنه علیه السلام أیضا(۱)

«و أحداث السنه ترد بعد السنه قلت و ما

أحداث السنه قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشتری فحدث فیه هذه الأحداث فالحکم أن یرد علی صاحبه إلی تمام السنه من یوم اشتراه» و فی معناه روایه محمد بن علی لذی احتمل فیه أنه الحلبی (۲)عنه علیه السلام أیضا

قال «سمعته یقول یرد المملوک من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص و القرن قال: قلت: کیف یرد من أحداث السنه فقال: هذا أول السنه یعنی المحرم فإذا اشتریت مملوکا فحدث فیه من هذه الخصال ما بینک و بین ذی الحجه رددت علی صاحبه»

و

فی خبر ابن فضال (۳)«ترد الجاریه من أربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبه»

و

عن الکافی(۴)«و القرن الحدبه إلا أنها تکون فی الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر»

و

فی موثقه (۵)عن أبی الحسن علیه السلام «فی أربعه أشیاء خیار سنه الجنون و الجذام و البرص و القرن»

و

فی حسنهعبد اللّه بن سنان (۶)«و عهدته السنه من الجنون فما کان بعد السنه فلیس بشی ء»

و

روی الوشاء(۷)«أن العهده فی الجنون وحده إلی سنه»

و لا محیص عن العمل بما تضمنه الصحیح الأول بعد اعتضاده بما سمعت، و بالإجماع فی الغنیه و محکی السرائر الذی یشهد له التتبع لکلمات الأصحاب فإنی لم أجد خلافا فی الرد بها إلی سنه کما عن التذکره الاعتراف به فی الجنون، بل قیل إن ظاهرها الإجماع فیه و فی الأخیرین فما عن الأردبیلی من التوقف فی خصوص البرص منها لما

فی حسنه عبد اللّه بن سنان (۸)«من

۱- ۱ الوسائل الباب ۲- من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲- من أبواب أحكام العيوب و فی ذيل الحديث ۲-.

۳- ۳ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العيوب الحديث ۱-.

۴- ۵ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العيوب- ۶۳۷.

۵- ۴ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العيوب- و فی ذيله ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العيوب- ۶۳۷.

۷- ۷ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العيوب- ۶۳۷.

۸- ۸ الوسائل الباب ۳- من أبواب الخيار الحديث ۷.

أن العهده فيه ثلاثه أيام»

فی غیر محله، ضروره قصورها عن معارضه ما سمعت من وجوه خصوصا بعد احتمال تصحیف المرض فیها بالبرص، للتقارب فی النقش، کما أن الاشکال- فی المسالک فی الجذام بأنه یوجب العتق علی المالک قهرا، و حینئذ فإن کان حدوثه فی السنه دلیلا علی تقدمه علی البیع، لما قبل فی تعلیل الرد بهذه الأحداث؛ من أن وجودها فی السنه دلیل علی حدوثها قبل

البیع، لأنها تکمن فی البدن سنه لم تخرج، فیکون عتقه علی البائع، فیکشف ظهوره عن بطلان البیع فلا یتجه الخیار؛ و إن عمل علی الظاهر کان حدوثه فی ملک المشتری موجبا لعتقه قبل أن یختار الفسخ إذ لیس له اختیاره، حتی یتحققه، و متی تحققه حکم بعتقه شرعا قبل الفسخ، فیشکل جوازه بعد العتق- فی غیر محله.

و إن قال: و یمکن حله بأن الحکم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل، کما هو ظاهر النص، و لا یکتفی بوجوده فی نفس الأمر، فلا- یعتق علی البائع قبل بیعه لعدم ظهوره و لا- بعده قبل الفسخ، لعدم ملکه، و عتقه علی المشتری موقوف أیضا علی ظهوره، و هو متأخر عن سبب الخیار فیکون السابق مقدما فیتخیر، فإن فسخ عتق علی البائع بعده، و ان اختار الإمضاء عتق علی المشتری بعده، فینبغی تأمل ذلک، قلت: فیه أولا- أنه لا إشعار فی شی ء من النصوص بأن الفسخ بهذه العیوب لمکان ظهور سبقها عند البائع، حتی یتجه القول بسبق الخیار، قال: ابن إدریس الذی هو الأصل فی الاشکال المزبور؛ فیما حکی من سرائره أن الدلیل علی ذلک الإجماع؛ و ما بنا حاجه إلی ما قاله شیخنا فی مقنعته، من أن أصول هذه الأمراض یتقدم ظهورها سنه، و لا یتقدمها بأکثر من ذلک، لأن هذا یؤدی إلی بطلان البیع، لأن البائع باع ما لا یملک، لأن الرقیق ینعتق بالجذام من غیر اختیار مالکه، و إنما الشارع حکم بأن الرقیق یرد من هذه العیوب ما لم یتصرف فیه ما بین شرائه من سنه، و ثانیا أنه یمکن القول کما فی

الحدائق بأن الانعتاق بالجذام و نحوه إنما هو في الملك المستقر الذي لا يتعقبه خيار و لا فسخ، بخلاف ما نحن فيه الذي هو مراعى بمضي السنه، فلا بأس حينئذ بتنزيل خبر السكوني (۱)الدال على الانعتاق به على غير الفرض، خصوصا مع قصوره عن معارضه هذه النصوص من وجوه، فلا وجه حينئذ للتفصيل بين فسخه، فينعتق على البائع و عدمه، فينعتق على المشتري، لوضوح بعده عن هذه النصوص، و إن كان قد يناقش فيه بأن التعارض بينها و بين خبر السكوني إنما هو في غير هذا الحال، فيترجح عليه، أما غيره فيبقى بلا معارض.

نعم قد يقال أنه لا تنافي بين انعتاقه و بين استحقاق المشتري الرجوع على البائع، إلا انه يمكن أن يكون انفساخا للعقد لأنه قد تلف بعيب مضمون على البائع، فهو كما لو عمي في الثلاثه، فالمراد بالرد حينئذ في النصوص هنا الأعم منه و من الرد بالخيار؛ و يحتمل أن لا يكون انفساخا فله الخيار حينئذ بين فسخ العقد و الرجوع بالثمن، و بين الإمضاء و المطالبه بالأرش، لكن يجب حينئذ عدم ملاحظه الحريه فيقوم عبدا صحيحا و عبدا مجذوما، إذ على تقدير ملاحظتها لا تبقى له قيمه، فلا جهه للأرش، بل يتعين كونه انفساخا، كما في كل عيب مذهب للماليه، و لعل ذلك لازم على ما ذكره في المسالك أيضا فيما لو منع من رده من حدوث عيب و نحوه؛ ثم أجذم فإنه لا محيص

له حينئذ عما ذكرنا من القول بالانفساخ قهرا و اختيار الأرش على الطريق الذي ذكرناه، هذا كله في العيوب الثلاثه.

و أما القرن فقد ألحقه في الدروس و محكي جامع الشرائع و الإسكافي فيما حكي عنه، لكن في المسالك نسبته إلى الشهره، و لم نتحققها بل لم نعرف القول به لغير من عرفت، فالقول به لا يخلو من تأمل، و إن تضمنه الأخبار المزبوره المحتاج بعضها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب العتق الحديث- ۲.

إلى جابر، كما أن اقتصار الأكثر على غيره يوهن الآخر، على أن فى خبر كافى (۱)منها ما يقضى بأنه الحدبه، و هو خلاف المعروف بين الفقهاء و اللغويين، إذ هو عندهم شى ء كالسن يكون فى الفرج يمنع من الجماع، و على ما رواه غيره (۲)يكون الحدبه معطوفا على الأربعه، إلا أنه لم نعثر على مفت به و لا على نص آخر به، و احتمال دخولها فى القرن باعتبار اشتراكها معه فى النشو، و إن كان هو فى الفرج و هى فى الصدر كما ترى.

و كيف كان فالظاهر مساواه الخيار بهذه العيوب له فى غيرها سقوط الرد بالتصرف و حدوث العيب و نحو هما مما عرفت، و بالسقوط فى الأول فضلا عن غيره صرح الفاضل و الشهيدان و غيرهم، بل لعل من تركه هنا اتكالا على ما ذكروه فى حكم العيب، و لذا قال فى الغنيه: «يرد بها ما لم يمنع مانع» و قال ابن إدريس

فيما حكى من سرائره «إن خطر بالبال و قيل الفرق بين هذه العيوب و غيرها أنه لا يسقط الرد بها بالتصرف بخلاف غيرها، قلنا له: هذا خلاف إجماع أصحابنا؛ و مناف لأصول المذهب، لأن الإجماع حاصل على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف بينهم، و الأصول مثبته مستقره على هذا الحكم» بل ظاهره الإجماع على ذلك إلا أنه أشكله بعضهم بأنه يبعد تنزيل إطلاق الاخبار على عدم التصرف فى المملوك الذى يشترى للخدمه فى مده هذه السنه، فلا يبعد القول بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف كالمصراه؛ و قد يدفع أولا بأنه لا استبعاد فى حمل الإطلاق عليه بعد أن لم يكن جوابا للسؤال عن أمر واقع، و ثانيا أنه قد يقال إن المسقط للرد إنما هو التصرف بعد حصول سبب الخيار لا قبله، و النصوص لو سلم ظهورها فهو فى الثانى، لا الأول كما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲ من أبواب أحكام العيوب الحديث ۱.

و لعله إليه أومى المصنف بقوله.

[فرع هذا الحكم يثبت مع عدم الأحداث فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش و سقط الرد]

فرع هذا الحكم يثبت مع عدم الأحداث فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش و سقط الرد و ان اعترضه فى المسالك بأن مطلق التصرف مانع من الرد كغيرها من العيوب و ان لم يوجب تغييرا، لكن قد يقال ان المصنف أراد أن التصرف إذا لم يكن يقتضى أحد الأمرين و لا مخرجا عن الملك، لا يسقط الرد بالعيب الحادث بعده؛ أما هما فيسقط انه و إن حصلا قبله لاشتراط الرد فى المعيب بكون العين قائمه، أى غير متغيره و لو صفه، و لذا كان حدوث العيب مانعا من الرد، بل قد تقدم احتمال توقف حقيقه رد العين عليه، و كذا يسقطه مطلق التصرف و إن لم يكن مغيرا لو كان بعد حصول سبب الخيار.

و على كل حال فلا- ينبغى التأمل فى ثبوت الأرش هنا مع حصول المانع من الرد، و إن استشكل فيه فى التحرير، إلا أنه فى غير محله، ضروره عدم نقصان هذه العيوب عن غيرها بالنسبه إلى ذلك؛ و عدم التعرض له فى نصوص المقام اكتفاء بما تضمنته من بيان زياده هذا العيوب على غيرها بالرد بها لو حدثت فى ضمن سنه، فالثابت لما عداها ثابت لها بطريق أولى. نعم قد يستشكل فى الأرش إذا حدثت هذه العيوب فى المملوك فى ضمن السنه، لكن بعد انتقاله إلى غيره على وجه لا يرد بها عليه، لظهور المراد فى نصوص المقام كون المملوك باقيا على الملك، مضافا إلى الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن.

لكن الأقوى ثبوت الأرش أيضا، و الرد فى النصوص محمول على ما إذا كان باقيا على الملك، و أولى من ذلك ما إذا كان انتقالها بوجه يرد بها عليه، و أولى منه لو ردت فعلا بها عليه، فظهر أن المتجه حينئذ مساواه هذه العيوب لغيرها فى ذلك كله، و منه يعلم أن الرد بها و إن اشترط بحصوله فى السنه. إلا- أنه لا يتقيد بها كما هو مقتضى إطلاق الأدله؛ بل قيل ان خبر على بن أسباط(۱)«صريح فيه، و لا ينافيه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲ من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۴-.

ذیله بعد أن کانت الغایه فیه للإحداث لا إلی الرد، فیکون المراد من قوله فیه بعد السنه أن له الرد مع حدوثها فی السنه، من حال حدوثها إلی ما بعد السنه، لا أن المراد اشتراط الرد بما بعدها، ثم إن الظاهر إراده مقدار سنه مبدأها یوم الشراء، لا أن المراد تمام تلک السنه التی مبدأها المحرم حتی أنه لو وقع الشراء مثلا فی ذی الحجه کان العهده من هذه العیوب تمامه، لأن به تتم السنه، و إن أوهمه بعضها. نعم قد یظهر منها اعتبارها هلالیه لا عددیه؛ و إن وقع الشراء فی المنکسر و اللّٰه اعلم.

[الفصل السادس فی المرابحه و المواضعه و التولیه]

اشاره

الفصل السادس فی المرابحه و المواضعه و التولیه التی هی بجمیعها قسیمه للمساومه لما قیل: من ان البائع، إما أن یخبر برأس ماله أولا، و الثانی المساومه و الأول المرابحه إن باع بربح و المواضعه إن باع بنقص، و التولیه إن انتفیا معا فالمرابحه حینئذ کما فی القواعد البیع مع الإخبار برأس المال مع الزیاده علیه، و منه یعلم تعریف البواقی، و زاد أول الشهیدین «التشریک، و هو إعطاء بعض المبیع برأس ماله، بأن یقول شرکتک فی هذا المتاع نصفه مثلا بنصف ثمنه، بعد العلم بقدره، و تبعه ثانی الشهیدین بعد اعترافه بأنه لم یذکره کثیر، قال: و فی بعض الأخبار دلاله علیه.

قلت: و مقتضاه عدم تصور المرابحه فیه، و هو التشریک بالربح و لا- المواضعه، و فیه نظر، و علی تسلیمه یمکن اندراجه فی التولیه، بدعوی تعمیمها حینئذ للجمیع و البعض، فتکون قسمه الأصحاب حینئذ بحالها، قال: فی التذکره و لو کان المشتری قد اشتری شیئا و أراد ان یشرک غیره فیه لیصیر له بعضه بقسطه من الثمن جاز، بلفظ البیع و التولیه و المرابحه و المواضعه ثم إن نص علی المناصفه و غیرها فذاک، و إن أطلق الاشتراک احتمل فساد العقد- للجهل بمقدار العوض، کما لو قال: بعتک بمأه

ذهبا و فضه- و الصحه و تحمل على المناصفه كما لو أقر بشى ء لاثنين، و للشافعيه وجهان كهذين، و الاشتراك فى البعض، كالتوليه فى الجميع فى الأحكام السابقه.

لكن قد يقال: أن المرابحه مثلا البيع بنفس رأس المال مع زياده كذا

قال العلاء(۱)«قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام الرجل يريد أن يبيع البيع فقال: أبيعك بده دوازده فقال لا بأس؛ إنما هذه المراوضه فإذا جمع البيع جعله جمله واحده»

و ظاهره حصرها فى ذلك، و هو لا يأتى فى التشريك، لان القسط من الثمن ليس ثمنا و لذا لم تحصل المرابحه العرفيه فى أبعاض المبيع المعينه المقسط عليها الثمن كما ستعرف إنشاء اللّه.

و كذا الكلام فى التوليه و المواضعه نعم قد يقال: ينبغى إراده القصد فيها مع ذلك، بعدم جريان أحكام المرابحه على البيع بالزياده مع قصد عدمها بل و بدون قصدها؛ إلا أنه لا يخلو من نظر، فتأمل و لو اختلفا فى القصد فالظاهر البطلان، و لو ادعى المشترى إراده المرابحه، فأنكر البائع كان القول قوله بيمينه، إذا لم يكن ظهور فى اللفظ، لانه كدعوى الشرط على البائع حينئذ؛ و لعل المفاعله فى المرابحه و و المواضعه لتوقف العقد على الرضا و الصيغه من الجانبين، فكان كلا منهما فاعل للربح و إن اختص بملكيه أحدهما.

و على كل حال ففى الدروس «قد يتفق المرابحه و قسيماها فى مبيع واحد، كما لو اشترى ثلاثه ثوبا بالسويه لكن ثمن أحدهم عشرون و الأخر خمسه عشر و الأخر عشره ثم باعوه بعد الاخبار، بخمسه و أربعين، فهو مواضعه بالنسبه إلى الأول، و توليه بالنسبه إلى الثانى، و مرابحه بالنسبه إلى الثالث، و كذا لو باعوه مساومه و لا يقسم على رأس المال، هذا مع تعدد العقود، و لو كان العقد واحدا بالخمسه و الأربعين، كان الثمن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۵.

مقسوما على رأس المال، و لو تشخص فى العقد الواحد ثمن كل ثلاث فهو كالعقود المتعدده، و الظاهر أن مراده بقوله هذا إلى آخره. بالنسبه إلى الثلاثه الذين اشتروا الثوب بالسويه إذا القسمه على رأس المال متجهه فيهم لو كان العقد واحد، أو لم يذكر ثمن كل ثلاث، و لو اشترى خمسه ثوبا بالسويه لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، و الآخر خمسه عشر، و الثالث عشره، و الرابع خمسه، و الخامس لم يتبين، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين، بعد إخبارهم بالحال، و الرابع شرك فى حصته فهو بالنسبه إلى الأول مواضعه، و إلى الثانى توليه، و الثالث مرابحه، و الرابع تشريك، و الخامس مساومه، و اجتماع قسمين و ثلاثه و أربعه منها على قياس ذلك، إلا أنه ينبغى مراعاه القصد الذى ذكرناه.

[أما المرابحه]

اشاره

و كيف كان، ف الكلام فى المرابحه و توابعها يقع فى مقامين، أحدهما فى العباره و الثانى فى الحكم

[أما العباره]

أما العباره فإن يخبر برأس ماله بما تسمعه من إحدى العبارات الآتيه و شبهها إذا لم يكن المشترى عالما، و إلا كفى الاعتماد على علمه، كما صرح به فى التذكره، و احتمال وجوب الذكر تعبدا ليكون قائما مقام ذكره فى العقد بعيد، فالأخبار فى المتن و غيره محمول على الغالب من انحصار طريق معرفه المشترى فيه، ثم يقول بعد الإخبار بعتك أو ما جرى مجراه مما تقدم فى الصيغه بربح كذا و جريان المرابحه و لواحقها فى غير البيع من عقود المعاوضه كالصلح و الإجاره لا يخلو من قوه، بل صريح بعضهم جريانها فى الإجاره، بل السيره القطعيه على جريانها فى المعاطاه، على أن التحقيق كونها من الإباحه بعوض، و حينئذ يكون ذكر المرابحه فى البيع كذكر النقد و النسيئه، لا لإراده اختصاصها به، هذا كله بالنسبه إلى نقل المال إلى المشترى.

أما انتقاله إلى البائع فلا يعتبر فيه البيع قطعا، بل يكفى فيه الصلح و نحوه، بل قد يقال: بكفايه جميع ما يغرمه فى تلك الحال، كإحياء أرض، أو معدن، أو نحو

ذلـک، و قـد أراد بیعهـا مرابحه، جاعلا ما غرمه علی ذلک رأس مال مخبرا بتقوم و نحوه فتأمل: و لا یتعین لفظ ربـح، بل یجری مجراه کل ما أفاد فائـدته من لفظ الزیاده و غیرها، نعم قد یفرق بینه و بینها بصـراحته أو ظهوره فی نفسه، فی إراده عقد المرابحه بخلاف لفظ الزیاده فإنه یحتاج معه إلی ضم غیره معه فی إراده المرابحه، لما عرفت من أعمیه البیع بالزیاده منها، و لعله علی هذا ینزل

خبر میسـر بیاع الزطی (۱)الفـارق فیه بین اللفظین، فلاحـظ و تأمل، قال: «قلت: لأبی عبـد اللَّه علیه السـلام إنا نشتری المتاع نظره، فیجیئنی الرجل، فیقول: بکم تقوم علیک؟ فأقول: بکـذا و کـذا، فأبیعه بربـح، فقال: إذا بعته مرابحه، کان له من النظره مثل مالک قال: فاسترجعت، و قلت:

هلکنا، فقال: مم قلت؟ لأن ما فی الأرض من ثوب أبیعه مرابحه، یشتری منی، و لو وضعت من رأس المال، حتی أقول تقوم بکذا و کذا، قال فلما

رآی ما شق، علی، قال: أ فلا أفتح لک بابا یکون لک فیه فرج منه، قل: قام علی بکذا و أبیعک بزیاده کذا و لا تقل بربح»

بل و

خبر عبیـد بن عبد ربه (۲)قال: «قـدم متاع لأبی عبـد اللَّه علیه السـلام من مصـر، فصـنع طعاما و دعی له التجار، فقالوا: نأخذه بده دوازده، فقال: لهم أبو عبد اللَّه علیه السـلام و کم یکون ذلک. فقالوا: فی کل عشـره آلاف ألفین، فقال أبیعکم هذا المتاع باثنی عشر ألفا، فباعهم مساومه»

الذی یکشف عن المراد، ب

خبر محمد بن مسلم (۳)«قال أبو عبد اللَّه علیه السـلام: «إنی أکره بیع عشره بإحدی عشره، و لکن أبیعک بکذا و کذا مساومه، و قال: أتانی متاع من مصر فکرهت أن أبیعه کذلک و عظم علی، فبعته مساومه»

بناء علی أن المراد إضافه الزیاده مع الأصل ثم بیعه مساومه، و لا بد أن یکون رأس ماله معلوما، و قدر الربح معلوما عندهما حال البیع، بلا خلاف أجده فیه، بل فی التذکره لو کان المشتری جاهلا برأس المال بطل البیع إجماعا، و کذا لو کان البائع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحکام العقود الحدیث ۴.

جاهلا به و المشترى عالم به، أو كانا جاهلين، و عن المبسوط لو علما قدر رأس

المال و جهلا الربح مثل أن يقول: رأس المال كذا، و الربح ما نتفق عليه بطل، قلت: لا ريب فى البطلان مع هذه الجهاله، فى رأس المال، أو الربح ضروره، رجوعها إلى جهاله الثمن التى هى مانع من صحه البيع من أصله، فضلا عن خصوص المرابحه منه، و الأول إلى العلم غير كاف فيه قطعا، نعم فى جامع المقاصد و المسالك «أن المراد بذلك وجوب علمهما حاله البيع، فلا يكفى علم أحدهما؛ و لا تجدد علمهما بعد العقد، و إن اقتضاه الحساب المنضبط، كما لو علما بالثمن و جعلا ربح كل عشره درهما، و الحال أنهما لا يعلمان ما يتحصل من المجموع حاله البيع، و لعله كذلك إذا فرض جهلهما أو جهل أحدهما بمقدار الثمن عشرات مثلا، أما إذا علماه إلا أنهما لم يستحضرا المجموع، فقد يقال:

بصحته خصوصا إذا لم يكن محتاجا إلى طول نظر، لعدم الجهاله فى مثله عرفا فيتناوله العمومات، بل قد تحتمل الصحه فى الأول أيضا، لأنه و إن كان مجهول الجمله إلا أنه معلوم عند التفصيل.

قال: فى المختلف «و لو أخبره برأس المال و زاد فى كل عشره درهما، و لم يعلما وقت العقد كميه الثمن احتمل البطلان، للجهاله، و الصحه لإمكان العلم، فإنه يستخرج بالحساب» و علل فى التذكره كراهه نسبه الربح إلى الثمن فى المرابحه، بأنه قد لا يعلم قدر الثمن فى حاله العقد؛ و يحتاج فى معرفته إلى الحساب، بل قد عرفت فيما سبق صحه بيع الصبره كل قفيز بدرهم، مع أنها مجهوله الجمله، بل جوز الفاضل فى القواعد، بعتك هذه السلعه بأربعه إلا ما يخص واحدا إذا علماه بالجبر و المقابله، كل ذلك مضافا إلى إطلاق النصوص خصوصا المتضمن منها جواز بيع ده بدوازده، فالقول بالصحه حينئذ فى الصورتين خصوصا الأولى لا يخلو من قوه.

نعم قد يقوى البطلان لو فرض عدم علمه بمسمى العشره مثلا إذ هو غرر محض؛ و كونها عددا مضبوطا فى نفسه و إن لم يعرف مصداقها غير مجد، و لعل منه الشراء بوزن

بلـد مخصوص لا يعلمه أو كيله، ثم إن الظاهر كون المراد من العلم برأس المال الذى هو شـرط فى الصـحه، عدم إناطه البيع به، ثم البحث عنه بعد ذلك، أما إذا لم يكن كذلك بل فرضا له رأس مال و عينا له ربحا صح مع تراضيهما، كما أنه يصح لو اقتصر البـائع على المتيقن من رأس المال. نعم قـد يمنع صـدق اسم المرابحه عليه مع أن فى ذلك بالنسـبه إلى بعض الصور نظر، فتأمل جيدا و اللّٰه اعلم.

و كـذا لاـ بـد من ذكر الصـرف و الوزن إن اختلفـا مع الاختلاف لحصول الجهاله بـدون ذلك إذا فرض تعـدد النقود، و اختلف صرفهـا و وزنهـا، بـأن كـان صـرف بعض الـدنانير عشـره دراهم، و بعضـها أكثر، و كـذا الوزن لو كـان الثمن دراهم مثلا معروفه بالوزن، أما لو اتخـذ النقـد لم يفتقر، كما صـرح بـذلك كله، فى جامع المقاصد و المسالك، و زاد فى الأول «يمكن أن يراد أنه يجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف، بأن يكون صرف الدراهم المختلف وزن أنواعه واحدا، فإن ذكر الصـرف حينئذ لا يغنى عن ذكر الوزن»، قلت: كما أنه لا يغنى ذكر الوزن للدراهم المختلف صرفها مع اتحاد وزنها و لو فى بلدين إذا كان الشراء فى ذات الصرف الزائد.

كما يومى إليه

خبر إسـماعيل بن عبد الخالق (۱)«قال: قلت لأبى عبـد اللّٰه عليه السـلام إنا نبعث بالدراهم لها صـرف إلى الأهواز، فيشترى لنا بها المتـاع، ثم نلبث فـإذا بـاعه وضع عليه صـرفا، فإذا بعناه كان علينا أن نـذكر له صـرف الـدراهم فى المرابحه و يجزينا عن ذلك؟ فقـال: لاـ بـل إذا كـانت المرابحه فـأخبره بـذلك، و إن كـانت مسـاومه، فلاـ بأس» و فى الوافى تحرينا عن ذلك بالمهملتين، اى تعمـدنا الاـعراض عنه و طلبنـا مـا هو أحرى، و فيما حضـرنى من نسـخه الوافى عن التهـذيب، روايته نحو ذلك لكن فيه بـدل ثم نلبث، فإذا باعه ثم يكتب روزنامچه يوزع عليه صـرف الـدراهم فإذا بعناه فعلينا أن نـذكر صـرف الـدراهم فى المرابحه، و تجزينا عن ذلك؟

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۴ من أبواب أحكام العقود الحديث- ۱.

ج ۲۳، ص: ۳۰۹

قال: إذا كان مرابحه فأخبره»

إلى آخره و لعله أصح، و الموجود فی نسخه معتبره من الكافی، تجزينا «بالجيم و الزاء

المعجمه» و كذا فی نسخه معتبره من التهذيب عنه، لكن مع زياده الواو فی قوله تجزينا: و لعل عدمها أولى، و حينئذ يحتمل أن يكون ابتداء السؤال على جهه الاستفهام من قوله، كان أو كونه تجزينا عن ذلك، على معنى؛ هل يجزينا عن غيره؟ و هو الاقتصار على أصل الثمن، إذا كان دوانيق، مثلا و دفعنا عنه فی تلك البلد دراهم، لها صرف أی فضل عن الدراهم فی بلد بيع المرابحه قال: لا يجزى إلا أن تخبره بالحال، فإن الدراهم و إن لم تكن ثمنا لكن لما دفعت عنه صار كأنه متشخص بها؛ لان النقد يقوم بعضه مقام بعض فی عرف التجار، بخلاف العروض، و يمكن أن يكون هذا من جمله المراد بقولهم يجب ذكر الصرف، خصوصا مع ملاحظه إراده وجوب ذلك من حيث المرابحه، بخلاف ذكر الصرف فی الدراهم المفروض اختلافه و كونها ثمنا، فإن ذلك مانع من صحه البيع و لو مساومه، للجهاله، لا من حيث المرابحه فتأمل جيدا بل لعل مراد من تعرض لاعتبار ذكر الصرف الإشاره إلى ما فی الخبر المزبور.

أما الوزن فمع فرض اختلافه لا بد من ذكره، اختلف الصرف أم اتحد لعدم انحصار الفرض فی الصرف، إذ يكون المراد صوغه حليا و نحوه مما للوزن فيه مدخليه. و اللّٰه اعلم و كيف كان ف إذا كان البائع لم يحدث فی المبيع حدثا و لا غيره عما كان عليه عند البائع، و لا حصل ذلك من غير المشتری، بل كان المبيع على الحال التی انتقل اليه فيها فالعباره عن الثمن أن يقول اشتريته بكذا أو رأس ماله كذا أو تقوم علی، أو هو علی أو نحو ذلك من العبارات المفيده للمطلوب، و إن كان قد عمل فيه ما يقتضی الزياده فی قيمته قال: رأس ماله كذا، و عملت فيه بكذا و نحوه اشتريته أو تقوم علی أو هی علی، ضروره عدم الفرق هنا بين الجميع بعد أن ذكر العمل بعباره مستقله.

نعم ظاهر المتن و غيره أنه ليس له تقويم عمله، و ضمه إلى رأس المال و يعبر عنه بإحدى العبارات المزبوره غير مخبر بحقيقه الحال و هو كذلك، إذ لا ريب فى الكذب لو عبر بالأولين و كذا الأخيرين، و نحوه لو كان العامل غيره بلا أجره، كما أن ظاهر المتن جواز بيعه مرابحه مع ذكره العمل بكذا، سواء كان أريد من قيمته أولا، بل هو صريح التذكره، و قد يشكل بخروجه عن وضع المرابحه الذى يعتبر فيه ذكر ما يغرمه البائع على المبيع من حيث التجاره و الفرض عدم الغرامه هنا، و يدفع بمنع اعتبار الاقتصار على ذلك فيها، لإطلاق الأدله الذى لا ريب فى شموله للفرض الذى هو زياده فى الربح فى الحقيقه عند التحليل، و إن جعله صوره فى مقابل العمل، كما هو واضح.

لكن قد يقال: بثبوت الخيار للمشترى لو أخطاء البائع أو كذب فى تقويم عمله، إن أراد بقوله عملت فيه بكذا التقويم، أما لو أراد الاقتراح فلا خيار، و لو أطلق احتمل قويا تنزيله على الأول و إن كان عمل فيه غيره بأجره مسماه صح أن يضمها إلى الثمن من غير إخبار، لكن يقول: تقوم على أو هو على و لا يجوز اشتريته، أما رأس مالى ففى الدروس و المختلف يجوز، لأنه عباره عما لزمه عليه، و عن المبسوط لا يجوز، و تبعه فى التذكره و جامع المقاصد، و الظاهر اختلاف ذلك باختلاف الأمكنه و الأزمنه، ففى بعضها لا ينساق منه إلى الثمن، و فى آخر يراد منه ما غرمه عليه، و لو كان العمل بأعيان كالصبغ بأشياء اشتراها بثمن معلوم صح ضم ذلك إلى الثمن، و لو لم يكن قد اشتراها ففى ضم قيمتها مع الاكتفاء بتقوم، و هو على وجه، و الأولى ذكر ذلك للبائع.

و كذا له مع التعبير بالعبارتين ضم جميع المؤن التى قصد بالتزامها عرفا الاسترباح من الدلاله، و أجره البيت و الكيال و الحارس و الحمال و القصار و الصباغ، و لو كان قد غبن فيها لم يجب الإخبار بها، بناء، على عدم وجوب الاخبار به لو كان بالنسبه

إلى المبيع، حتى مع علمه به و إقدامه عليه، أما لو دفع عنها بعد اشتغال ذمته بأجره المثل ما يزيد على ذلك سماحه، أو لغرض من الأغراض، وجب ذكر ذلك للبائع إذا لم يرد الاقتصار على أجره المثل، و إلا كان له ضمها و إن أبرأه منها أو بعضها من كانت له، و لعل منه ما لو صالحه عنها بالأقل، أما المؤن التى فيها بقاء الملك كنفقه العبد و كسوته و علف الدابه، ففى القواعد لا تدخل فى العبارتين، و لعله لأن هذا الأمور من ضروريات بقائه، و ليست مقصوده لغرض الاسترباح، و لأنها فى مقابله خدمه العبد و ركوب الدابه، بخلاف نحو الأقمشه المذخوره للاسترباح فقط، و قد يشكل بأن جميع ذلك قد لا يلتزم إلا لغرض الاسترباح.

نعم ربما يفرق بين ما يمكن تحصيل مؤنه بالانتفاع به و ما لا يمكن فتعد الأولى مؤنه محضه لتحقيق ما يقابلها بخلاف الثانيه، و على كل حال فالظاهر إن هذا فى غير الزائد من العلف و النفقه التى لا يقصد بها إلا زياده القيمه كالعلف للسمن، و زياده ترفيه العبد بالمأكل و الملبس، لزياده قوته و بدنه، فإن هذه كغيرها من مؤن الاسترباح، له ضمها إلى الثمن مخبرا بالعبارتين، بل لعل من ذلك أجره الطبيب إن كان قد اشتراه مريضا، لزياده القيمه بزوال المرض، و لو عرض المرض عنده فأجره لطبيب كالنفقه، و المراد من عدم ضم مؤن البقاء إلى الثمن عدم الاكتفاء بالعباره المزبوره مع ضمها، أما لو صرح فلا يبعد الجواز، لانحلاله إلى إراده زياده ربح و لا مانع منه، لا أنه لا يجوز البيع مرابحه حينئذ، لاعتبار الاقتصار على الزياده على رأس المال و ما يغرمه للاسترباح فيها، إذ يمكن منع اعتبار ذلك فيها، كما هو مقتضى إطلاق الأدله؛ و لو كان من جمله ثمن المبيع عمل قد استأجر عليه البائع غيره صح له ضم ما بذله من الأجره إلى الثمن، و قال أحد العبارتين، و لو عمله هو فالأولى ذكر ذلك للمشترى بما يفرض له من القيمه، حتى لو كان العمل معروف القيمه، لعدم صدق إحدى العبارات الأربع على ما يشمله من دون ذكره.

نعم قد يقوى عدم انحصار الأمر فيها، فإذا عبر عن الثمن بما يشمله صح

و لو اشترى بثمن معيبا و رجع بأرش عيبه أسقط قدر الأرش و أخبر بالباقى، بأن يقول رأس مالى فيه كذا أو تقوم على، أو هو على، و لا يقول اشتريت به أى الباقى للكذب، إذا المراد به ما وقع فى العقد، و ليس هو الباقى.

نعم لا يبعد عدم جريان تسلط المشترى مرابحه على الخيار بنحو هذا الكذب، كما أن المتجه تسلطه عليه لو باعه مرابحه مخبرا بالثمن الذى وقع فى العقد، و لم يذكر ما رجع إليه من الأرش، و إن كان صادقا بقوله اشتريته بكذا، إلا أنه لما كان ظاهرا فى انه دفع ما اشترى به، و أنه لم يرجع إليه منه شى ء و الفرض أنه ليس كذلك، اتجه تسلطه على الخيار حتى لو أسقط الأرش عن البائع بعد أن يثبت استحقاقه له، بل لا يبعد ذلك أيضا لو أسقطه قبل تعينه له، كما فى حال التخيير بينه و بين الرد، بل لعله كذلك لو أسقط الخيار الذى هو أحد فرديه، بل لو صالح البائع المشترى عليه بما هو أنقص منه لو رجع به نفسه، أمكن القول بوجوب ذكره، هذا و قد يقال بعدم وجوب الاسقاط عليه إذا لم يرجع و ان كان مستحقا بل لعله هو ظاهر التقييد بالرجوع فى المتن؛ و كأنه لعدم كون الأرش ما لا يثبت فى الذمه، و إن كان لصاحبه الرجوع به لو اراده، فمع إسقاطه يسقط الحق، لا أنه إبراء، و حينئذ فيتحقق صدق تقوم، و على، و اشتريته بكذا فتأمل، و لو فرض كونه بزائد لم يجب حط الزياده من الثمن فى وجه قوى، كما أنه يقوى فيما لو صالحه عنه بشى ء مع الجهل بقدر التفاوت، إسقاط المصالح به من الثمن و الإخبار بالباقى، و لو لم يتمكن المشترى من إثبات سبق العيب احتمل الإخبار بما عدا الأرش فى الواقع، و بالجميع، لانه هو الثمن؛ و لم يعد إليه شى ء و لو صولح عن إسقاط الدعوى به، أمكن احتساب ثمن الصلح خاصه من الثمن، من ذلك كله ينقدح الوجه فى كثير من الفروع المتصوره فى المقام.

و على كل حال ف لو جنى العبد ففداه السيد، لم يجز له أن يضم الفديه إلى ثمنه مخبرا بإحدى العبارات السابقه بلا خلاف بيننا و لا إشكال، لأنه غرامه

متجدده لا مدخليه لها فی تقویمه، نعم لا یبعد جواز ضمها مع التصریح بالحال و البیع مرابحه، فیکون مرجعه إلی زیاده الربح، و قد یمنع صدق المرابحه علیه لإمکان دعوی المستفاد من النص و الفتوی أنها تؤدی بالعبارات المزبوره، بل ربما کان ذکرهم لها للإشاره إلی أن المیزان فی تحققها صدق أخذتها، و الفدیه و نحوها مما لا تندرج فیها، ضروره عدم کونها من مؤن الاتجار، فإذا ذکرها و أراد مع ذلک البیع مرابحه لم یترتب علیها حکمها، مع فرض أن فیها أحکاما خاصه و إن کان البیع صحیحا فی نفسه، و صورته صوره المرابحه، و کذا الکلام فی نظائر المسأله و لو جنی علیه فأخذ أرش الجنایه لم یضعها من الثمن، و کذا لو حصل منه فائده کنتاج الدابه و ثمره الشجره و غیرها من النماءات التی لا مدخلیه لها فی ثمن المبیع بلا خلاف و لا اشکال.

نعم لو تعیب شی ء من ذلک وجب الاخبار به کما هو واضح، و کیف کان ف یکره نسبه الربح إلی أجزاء رأس المال وفاقا للمشهور بل عن التذکره نسبته إلی علمائنا، بل عن الخلاف الإجماع علیه، بأن یقول بعتک بماءه و ربح کل عشره، درهم، و لو قال بعتک بمأه و عشره، أو و ربح عشره لم یکن مکروها، و علی کل حال فلا حرمه و لا بطلان للأصل؛ و الإطلاقات سیما إطلاق نصوص المرابحه ک

خبر علی بن سعید(۱)«سأل عن رجل یبتاع ثوبا فطلب منه مرابحه تری فی بیع المرابحه بأسا إذا صدق فی المرابحه، و سمی ربحا دانقین أو نصف درهم؟ قال: لا بأس»

خلافا للمحکی عن المقنعه و النهایه و المراسم و التقی و القاضی ففی الأولین لا- یجوز، و فی الثالث لا یصح، و لم أجد لهم دلیلا صالحا لذلک عدا

الصحیح (۲)«الرجل یرید أن یبیع البیع فیقول أبیعک بده دوازده أو ده یازده فقال: لا بأس به، إنما هذه المراوضه فإذا

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۵.

جمع البیع جعله جمله واحده»

لظهوره فی وجوب الجمع المزبور، بان یقول: بعتک هذه السلعه بدوازده أو یازده نحو ما فعله

مولانا الباقر علیه السلام فیما روی عنه الصادق علیه السلام فی الصحیح (۱)«قال: قدم متاع لأبی من مصر فصنع طعاما و دعی له التجار فقالوا نأخذه منک بده دوازده فقال علیه السلام و کم یکون ذلک فقالوا فی کل عشره آلاف ألفین فقال: إنی أبیعکم هذا المتاع باثنی عشر ألفا،»

بل عدوله علیه السلام عن إجراء الصیغه بنحو ما ذکروه إلی ما ذکره، ظاهر فی المنع.

و فیه أن الصحیح محتمل لإراده التخلص عن الکراهه، علی أن الخصم لا یقول بوجوب الجمع جمله واحده، فإنه لا بأس کما عرفت، بأفراد رأس المال عن الربح من دون ملاحظه النسبه؛ فلا بد حینئذ من إراده الرجحان منه، و یرتفع الاستدلال فی وجه، و فعل الباقر علیه السلام یمکن أن یکون فرارا من أصل المرابحه إلی المساومه التی هی أفضل، کما یومی إلیه تتمه

الصحیح المزبور علی ما عن الکافی (۲)«فقال، لهم إنی أبیعکم هذا المتاع باثنی عشر ألف درهم فباعهم مساومه،»

بل

فی الصحیح أو الموثق کالصحیح (۳)«إنی أکره بیع عشره بإحدی عشره و عشره باثنی عشر أو

نحو ذلک من البیع، و لکن أبیعک بکذا و کذا مساومه»

ما یقضی بکراهه المرابحه مطلقا و إن لم أجد قائلا به.

نعم فی الریاض «قد ذکر بعض الأجله أن الظاهر من المعتبره هنا کراهه المرابحه و أولویه المساومه لا الکراهه، فی موضوع المسأله، قال: و هو کذلک لو لا المخالفه لفهم الطائفه، و علی کل حال فلا دلاله فی عدوله علیه السلام علی الحرمه قطعا، فیبقی حینئذ ما دل علی الجواز بلا معارض، مضافا إلی الصحیح أو الموثق المزبور، المشتمل علی لفظ الکراهه؛ و عمومه لغیر موضوع المسأله لو قلنا باختصاصه بها غیر قادح، کما أن احتمال إراده الحرمه من لفظ الکراهه بناء علی عدم تعارفها فی الصدر الأول بالمعنی المصطلح- یدفعه بعد التسلیم- ترجیح إرادته هنا بالشهره، و الإجماع المحکی و غیرهما، و کذا الکلام فی الخبر الآخر(۴)أکره بیع ده یازده و ده دوازده، و لکن أبیعک بکذا و کذا و کیف

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب أحکام العقود الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب أحكام العقود الحديث ۲.

كـان فلا ريب فى عـدم الحرمه و البطلان، كما أنه لا ريب فى الكراهه بعـد التسامـح بها، للإجماع المحكى و غيره، إن قصـرناها على خصوص موضوع المسأله، و إلا فمطلق للخبرين لسابقين، و اللّٰه اعلم. هـذا و ربما جعل مدار الكراهه على نسـبه الربح للمال فى مقابله نسبته إلى السلعه على معنى عدمها لو قال

بعتك بكذا مع ربح للمبيع ده دوازده و لكن الألصق بالنصوص ما ذكرناه و اللّٰه اعلم. هذا كله فى العباره.

[أما الحكم ففيه مسائل]

اشاره

و أما الحكم ففيه مسائل

[المسأله الأولى من باع غيره متاعا جاز أن يشتريه منه بعد قبضه و يكره قبل قبضه]

قد تقدم البحث فى الأولى منها و هى من باع غيره متاعا جاز أن يشتريه منه بزياده أو نقيصه حالا و مؤجلا بعد قبضه، و يكره قبل قبضه إذا كـان ممـا يكال أو يوزن على الأظهر، و كان المصـنف أعادها كالفاضل فى القواعـد، لبناء ما بعـدها عليها، إلا أنه كما ترى، لا مدخليه لها فيه أصـلا و لو كان شـرط فى حال البيع أن يبيعه لم يجز كما سـمعت الكلام فيه مفصلا و إن كان ذلک من قصـدهما و لم يشترطه لفظا كره كما فى القواعـد و التحرير و الإرشاد و التذكره؛ و إن قلنا أن الشـرط المضـمر كالموجود إلا أنه يمكن تخصـيص ذلک بالجائز منه، لكن فيه منع واضـح، ضـروره اتحادهما فى المقتضـى، فيتجه حينئذ بطلان العقد مع قصدهما الاشتراط، و بناؤهما العقد عليه؛ و إن لم يذكراه لفظا بناء على فساد العقد بفساد الشرط.

نعم لو لم يكن قصـدا الاـشتراط بل عزما على التعاكس و اسـتوثق أحـدهما من الأخر صـح على كراهه عنـد بعضـهم، و إن كان الـدليل عليهـا لو لاـ التسامـح لاـ يخلو من إشـكال، و الأمر سـهل، بعـد أن كان الحكم الصـحه، و لا يرد أن مخالفه القصـد للفظ تقتضـى بطلاـن العقـد، لاـن العقود تتبع القصود، لان من المعلوم عـدم اعتبار مثل هـذا العزم فى العقـد، ضـروره كون العزم فعله خـارج العقـد، لكن فى المسالـک «و أجيب بـأن القصـد و إن كان معتبرا فى الصـحه فلا يعتبر فى، البطلان؛ لتوقف البطلان على اللفظ

و القصد، و كذلك الصحه و لم توجد فى الفرض» و هو كما ترى غير مستقيم، بل ليس له محصل يعتد به، و التحقيق ما سمعت، و لعل فى عباره المجيب سقطا قبل قوله لتوقف البطلان، و هو بخلاف المقام، و حينئذ يكون الفرق بين اعتبار القصد فى صحه العقود الذى يكفى فى البطلان عدمه، كما فى النائم و غيره بخلاف المقام، و هو الشرط المعتبر فى شرطيته القصد و اللفظ سواء كان صحيحا أو مبطلا للعقد، فإن شرطيته متوقفه على ذلك، و منه يظهر عدم توجه ما أورده فى المسالك عليه، فلاحظ و تأمل.

إذا عرفت هذا فلو باع غلامه الحر سلعه ثم اشتراها منه بزياده جاز أن يخبر بالثمن الثانى إذا لم يكن شرط إعادته من غير تقييد لها بالبيع و لو شرط ها فباعها منه بزياده للاخبار بها لم يجز قطعا بل لا خلاف أجده فيه لأنه خيانه عرفا، إذا المشترى لم يترك المماكسه، إلا اعتمادا على مما كسته لنفسه، وثوقا باستقصائه فى النقيصه لنفسه، فكان ذلك خيانه؛ بل لا يبعد ذلك أيضا و إن لم يشترطه، بل كان القصد الشراء بالزياده للاخبار بها وفاقا للشهيدين و العليين على ما حكى عن بعضهم إذ هو غش و خديعه و تدليس و خيانه عرفا، و الصدق فى قوله اشتريت قد لا ينافى ذلك؛ بل قد يدعى انصراف الشراء فى الفرض إلى غير ذلك.

و فى المسالك «إن قوله و لو شرط لم يجز لأنه خيانه يقتضى التحريم مع عدم الشرط، إذا كان قصدهما ذلك؛ لتحقق الخيانه، و مجرد عدم لزوم بيعه عليه على تقدير عدم شرطه لا يرفع الخيانه مع اتفاقهما عليها بل ينبغى فرض التحريم فى صوره عدم شرط الإعاده، لأن التحريم لا يتحقق إلا مع صحه البيع، ليمكن فرض الزياده، و مع شرط الإعاده يقع البيع باطلا، كما سلف عن قريب، فلا يتحقق الزياده و لا التحريم» قلت: قد يدفعه ما سمعته منافى تفسير العباره، و لا حاجه إلى قوله فى الجواب عنه و، يمكن أن يقال بالتحريم و إن قلنا بفساد العقد نظرا إلى قصد الغرور و السعى إلى تحصيل المحرم، كما يقال فى النجش و الربا أنه حرام، يفسد العقد مع أنه قد يخدش بأن المراد

لم یجز الاخبار بالثمن الثانی، و مع فرض کون البیع فاسدا بالشرط لا ثمن حتی یخبر عنه فتأمل جیدا. هذا کله مع قصد الحیله بالشراء بالزیاده، فلو اشتراه منه ابتداء من غیر مواطاه جاز، و لا فرق فی تحریم الحیله بین الغلام و الولد و الأجنبی و اللّه أعلم.

[المسأله الثانیه لو باع مرابحه فبان رأس ماله أقل کان المشتری بالخیار بین رده و أخذه بالثمن]

المسأله الثانیه لو باع مرابحه فبان رأس ماله أقل بالإقرار أو البینه صح البیع بلا خلاف علی الظاهر، للأصل و الإطلاقات، ضروره أولویته من تخلف الوصف و الشرط و الجمله، بل الظاهر ذلک إن لم یکن له رأس مال أصلا، فضلا عن کونه أقل نعم لأجل الکذب فی الإخبار کان المشتری بالخیار بین رده و أخذه بالثمن المسمی فی العقد، و لا تعلیق للرضا و القصد و لا الصحه علی الصدق فی الاخبار قطعا بل هو أشبه شی ء بالداعی إلی قصد ما اتفقا علیه، بل لو لا الإجماع علی الخیار فی الظاهر هنا لأمکن المناقشه فیه کما فی غیر المقام مما کان الداعی فیه الکذب بنحو ذلک، مما لا یرجع إلی العیب و لا إلی التدلیس الذی هو بمعنی کتمان صفه و إظهار أحسن منها، و دعوی أن المراد عندهم بالتدلیس ما یشمل المقام لو سلمت لا تجدی، لعدم تعلیق الخیار علیه فی شی ء من النصوص کی یدور الحکم علیه، بل دلیله فحوی نصوص التصریه و نحوها، و أما خبر الضرار(۱)و قاعده رجوع المغرور علی من غره، و نحوه فمع احتیاج ثبوت الخیار به أیضا إلی الانجبار، قد یمنع تناوله للمقام، باعتبار ظهور قاعده الغرور فی الضمان، و خبر الضرار فی العقد الضرری، لا فی مثل المقام الذی ضرره نشأ من اعتماده علی خبره، و لا یبعد ثبوت الخیار فی الکذب بکل ما یختلف الثمن به؛ بل الظاهر ثبوته بعدم الإخبار بما یختلف الثمن به فضلا عن الکذب لما عرفت.

و علی کل حال فما عن الأردبیلی من التأمل فی الصحه فی غیر محله، کما أن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷ من أبواب الخیار الحدیث ۳- ۵.

التأمل فی ثبوت الخيار له كـذلك أيضا، و كـذا الكلام لو بان غلطه فی الاخبار، إلا أنه لا إثم عليه، و قد ظهر لک مما ذكرنا أن الخيار فی مفروض المسأله للإجماع، و إلا فليس هو مندرجا فی أحد الخيارات السابقه، مع فرض عدم اتحاد بيع المرابحه لصوره تحلف الوصف أو الشرط، و دعوی أنهـا لا تكون إلا كـذلک ممنوعه، فإنه يمكن فرضـها مجرده عن ذلک، و إن كان الـداعی للمشتری إخبار البائع برأس المال مع إراده ربـح كذا و حينئذ يكون هذا الداعی من بين الدواعی مسـلطا علی الخيار، للإجماع و نحوه، و قيل و القائل أبو علی فيما حكی عنه و الشـيخ ان المشتری يأخـذه أی المبيع بإسـقاط الزياده من الثمن مع ربحها، إلا أن المحكی من خلاف الشـيخ فی مبسوطه و خلافه النص علی ذلک فی صوره الغلط، و لعله لا فرق بينها و بين الكـذب، كما أنه لا فرق فی ثبوت ذلـک بين الإـقرار و الـبينه، لكن فی محكی المبسوط أنه قيـل: إن بـان ذلـک أی الغلـط بقول البـائع لزم المشتری الثمن بإسقاط الزياده و ربحها، و إن قامت به البينه كان المشتری بالخيار.

و كيف كـان فلاـ دليـل علی شـی ء من ذلـک إذا البيع إنمـا هو برأس المال الـذی أخبر به، لا بما هو فی نفس الأمر، و منه يعلم الاسـتدلال علی التفصـيل بـأنه إن أقر كان مأمونا بخلاف ما إذا قامت به البينه، فلا ريب فی أن الترجيـح لما ذكرنا، خصوصا بعد عـدم مـا يصـلح ملزما للثمن الناقص، إذ العقـد الواقع ان كان صـحيحا لزم ما فيه و إلا بطل مطلقا، و علی كل حال فلا خيار للبائع عنـدنا كما عن التحرير، للأصل و قـد يحتمل للضـرر فی بعض الأحوال؛ كما أن الظاهر عدم الخيار للمشتری علی قول المبسـوط، لارتفـاع مقتضـيه بإسـقاط الزياده مع ربحها، و لأنه رضـی بالأكثر فبالأقل أولی لكن احتمل فی مسالک ثبوته له أيضا بالخيانه، و لانه قـد يكون له غرض بالشـراء بهـذا الثمن لابرار قسم أو إنفاد وصـيه و هو كما تری، نعم يمكن ان يكون ذلک مؤيدا للمختار ضروره عدم ارتفاع الضرر الناشئ عن الكذب حينئذ بإسقاطه الزياده فتأمل،

جيدا، هذا و فى القواعد «و هل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر» و عن المبسوط إسقاطه به و بالتصرف، و عن الشهيد انه حكاه عن ابن المتوج، لان الرد انما يتحقق مع بقاء العين، و لحصول الضرر على البائع بالانتقال الى البدل قهرا لكن قوى ثانى المحققين و الشهيدين عدم السقوط لحصول المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس الا التلف و لا يصلح للمانعيه، إذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمه. و لعموم المغرور يرجع على من غره، و الكذب فى الاخبار مقتض للخيار و لم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع، فمع التلف و انتقاله عن ملكه انتقالا- لازما أو وجود مانع من رده كالاستيلاد، يرد على البائع مثله أو قيمته، و يأخذ هو الثمن أو عوضه مع فقده و قد تقدم فى خيار الغبن و غيره ما له نفع فى المقام فلاحظ و تأمل، و لو قال البائع بعد البيع اشتريته بأكثر لم يقبل منه إذا لم يعلم صدقه و لو أقام بينه لانه قد كذبهما بإقراره و حينئذ ف لا يتوجه له على المبتاع يمين لعدم سماع دعواه بعد معارضه إقراره السابق لها الا أن يدعى عليه العلم فتقبل حينئذ بينته و يتوجه له عليه اليمين على عدم العلم لعدم منافاه إقراره السابق لها، بل لو رد اليمين عليه كان له الحلف، سواء قلنا ان اليمين المردوده كالبينه أو كالإقرار من المنكر، لأنهما معا هنا مسموعان اما الثانى فواضح؛ و اما الأول فلما عرفت من أن دعواه العلم لا تنافى كذبه بإقراره السابق، و اولى من ذلك لو قلنا انها أصل برأسه، فما عن بعضهم من ان فى رد المشترى اليمين على البائع هنا وجهين يلتفتان إلى انها كالبينه، أو كإقرار المنكر، فعلى التأنى ترد و على الأول لا ترد لا يخلو من نظر، بل قد يناقش فى إطلاق عدم سماع بينته فى الأول أيضا إذا أظهر لإقراره الأول تأويلا محتملا، مثل أن يقول ما كنت اشتريته بل اشتراه وكيلى و أخبرنى أن الثمن ماءه فبان خلافه؛ أو ورد على كتابه فبان مزورا أو كنت راجعت جريدتى فغلطت من متاع الى غيره.

ضروره رجحان البينه حينئذ على الإقرار الأول بعد فرض ذكر التأويل المزبور

له و لعله لذا قيد السماع بذلك جماعه منهم الفاضل فى جمله من كتبه، و المحقق الثانى و غيرهم، بل قد يقال يرجحانها أيضا و أن لم يذكر التأويل المزبور بل احتماله له كاف فى مرجوحيته بالنسبه إلى البينه، لقوه البينه و انها بمنزله العلم بخطئه فلا يصلح الإقرار السابق لمعارضتها بعد تعقيبه بما يقضى بخطاه فتأمل جيدا.

و من هنا بان لك أن ما عن المبسوط من قوه عدم سماع البينه و ان ذكر تأويلا محتملا لا يخلو من نظر، كما أن إطلاق المصنف و الفاضل فى بعض كتبه عدم السماع لذلك و كيف كان فإذا علم غلطه بأى طريق كان له الخيار بين الفسخ و الإمضاء بالمسمى، و ربما تخرج على قول الشيخ إضافه الزياده مع ربحها، و لو كان قد تبين كذبه و أنه تعمد الى ذكر النقصان فلا يبعد عدم الخيار له لانه هو الذى قد ضيع ماله فتأمل جيدا.

هذا و فى التحرير فى نحو مفروض المسأله تخير المشترى بين الأخذ بالزياده على إشكال و الفسخ، و لو قيل أن الزياده لا تلحق بالعقد فيتخير البائع كان وجها؛ و هل يلزمه مع القبول نصيب الزياده من الربح الوجه ذلك إذا نسب الربح الى الثمن، مثل أن يقول بربح كل عشره درهم، و لو قال بربح عشره لا غير لم يثبت، و لو أخذها بالزائد و نصيبه من الربح لم يكن للبائع خيار، و كذا لو أسقط الزياده عن المشترى انتهى، و فيه نظر من وجوه و اللّه أعلم.

[المسأله الثالثه إذا حط البائع بعض الثمن جاز للمشترى ان يخبر بالأصل]

المسأله الثالثه إذا حط البائع بعض الثمن جاز للمشترى ان يخبر بالأصل لعدم الخيانه فيه إذا كان ذلك تفضلا منه. لا لدعوى عيب أو غبن أو نحوهما، من غير فرق فى ذلك بين كونه فى زمن الخيار و عدمه للصدق فى الاخبار على الحالين و قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و ابن زهره فى ظاهر الغنيه أو صريحها إذا كان الحط قبل لزوم العقد صحت الحطيطه و ألحق بالثمن و أخبر بما بقى و ان كان بعد لزومه كانت هبه مجدده و جاز الاخبار بأصل الثمن قيل و كأنه مبنى على ان المبيع انما ينتقل بانقضاء مده الخيار و فيه أنه لا مدخليه لذلك إذ الثمن ما وقع عليه العقد و لا اثر لوقت انتقال الملك بل الظاهر عدم الفرق فى الإخبار بين رأس مالى أو اشتريت أو قام على أو هو على أو نحو

ذلک نعم لیس له أن یقول أدیت أو نحوه و ربما احتمل ذلک أیضا فی قام علی و نحوه و اللّٰه اعلم.

[المسئله الرابعه من اشتری أمتعه صفقه لم یجز بیع بعضها مرابحه]

المسئله الرابعه من اشتری أمتعه صفقه لم یجز بیع بعضها مرابحه بل و مواضعه و تولیه تماثلث أو اختلفت و سواء قومها أو بسط الثمن علیها بالسویه بلا تقویم و سواء باع خیارها بالأقل أو لا الا بعد أن یخبر بذلک و کذا فی عدم الجواز لو اشتری دابه مثلا حاملا- فولدت و أراد بیعها منفرده عن الولد کل ذلک علی المشهور شهره عظیمه کادت تکون إجماعا، بل عن الخلاف الإجماع علیه بل یمکن تحصیله فی مختلفه بل و فی غیرها إذ لم یحک الخلاف فیها الا من الإسکافی و القاضی فجوزاه فیما لا تفاضل فیه کالمعدود المتساوی و هما غیر قاد حین فی الإجماع، بمعنی القطع بالحکم المخالف لما ذکراه خصوصا بعد تفاوت القیم و الأغراض و کون التوزیع لثمن خرص و تخمین یتطرق إلیه الخطأ غالبا و خصوصا بعد أن

سأل أبو حمزه أبا جعفر علیه السلام (۱)«عن الرجل یشتری المتاع جمیعا بالثمن ثم یتقوم کل ثوب بما یسوی حتی یقع علی رأس المال جمیعا أ یبیعه مرابحه فقال له: لا حتی یبین له أنه انما قومه»

و نحوه صحیح محمد بن مسلم (۲)عن أحدهما علیه السلام.

نعم ظاهرهما جواز البیع مرابحه إذا أخبر بذلک کما هو مقتضی قوله فی المتن الا- بعد أن یخبر بذلک، بل و أکثر عبارات الأصحاب، بل زاد فی التذکره بعد أن حکی خلاف الشافعی فی انه یجوز البیع مرابحه بالتقسیط و ان لم یخبر به، قال: اما لو أخبر بالحال فقال اشتریت المجموع بکذا، و قومته مع نفسی

فأصاب هذه القطعه من الثمن کذا فإنه یجوز إجماعا لکن عن ابن إدریس انه حکی الاستثناء المزبور الظاهر فی جواز البیع مرابحه بعد الاخبار، و اعترضه بأنه لیس بیع المرابحه لأن وضعه فی الشرع ان یخبر بالثمن الذی اشتری و هذا لیس کذلک.

و رده فی المختلف «بان هذه المنازعه لفظیه کما قال فی النافع انه لو أخبر جاز لکن یخرج عن وضع المرابحه» و فی جامع المقاصد و المسالک و غیرهما ان إطلاق المرابحه علیها مجاز للمشاکله فی الصوره قلت قد یناقش فی ذلک بمنع حصر المرابحه

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۱ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲۱ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱.

فيما لا- يدخل فيه التقويم، ضروره صدق اسم رأس المال و القيام عليه به و نحوهما. نعم لا يصدق اشتريته و نحوه عليه، و قد تقدم صحه المرابحه فيما لو عمل فيه عمل قد ذكره بكذا و فيما لو رجع بأرش العيب، كما أن من الواضح صحتها فيما لو تلف بعض الصفقه قبل القبض، و رجع بحصته من الثمن و رضى بالبيع فى الباقى، و فيما إذا ظهر مستحقا، و فى التذكره «لو اشترى عبدا بثوب قيمته عشرون و أراد بيعه مرابحه بلفظ الشراء أو بلفظ القيام، ذكر انه اشتراه بثوب قيمته كذا و لا يقتصر على ذكر القيمه، لأن البائع بالثوب يشدد أكثر مما يشدد البائع بالنقد و لو كان قد اشترى الثوب بعشرين ثم اشترى به العبد، جاز أن يقول قام على بعشرين، و لا يقول اشتريته بعشرين، بل قال فيها أيضا «لو انتقل اليه بغير عوض كالهبه لم يجز بيعه مرابحه، سواء قومها بثمن مساو أو أزيد أو أنقص الا- أن يبين الحال فى ذلك، و لا يكفى بيان قدر القيمه من غير تعريف الحال» الى أن قال «و لو آجر داره بعبد أو نكحت المرأه رجلا- على عبد أو خالع زوجته عليه، أو صالح عن الدم عليه لم يجز بيع العبد مرابحه بلفظ الشراء، و لو أخبر بالحال جاز بما قام على و يذكر فى الإجاره مثل اجره مثل الدار، و فى النكاح و الخلع مهر المثل، و فى الصلح عن الدم الديه و مقتضاه التوسعه فى المرابحه بأزيد من محل البحث و إن كان لا يخلو من نظر.

و فى القواعد و لو اشتريا ثوبا بعشرين ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه بأحد عشر أخبر بأحد و عشرين» قلت مع أن نصيبه كان بعشره بالتقسيط الى غير ذلك مما لا إشكال فى جواز البيع مرابحه مع التقويم و التقسيط، و منه ما لو تعدد المشترى و المبيع و اتحد الثمن، بل فى جمله من النصوص ظهور إن لم يكن تصريح بجواز البيع مرابحه مع التقويم، مضافا الى النصوص السابقه، و كيف كان فحيث لا- تجوز المرابحه لو باعا بقصدها و لو للجهل منهما أو من أحدهما، أمكن القول بالصحه بيعا للأصل، و خروج وصف المرابحه عن حقيقه البيع، و قد يحتمل البطلان لأنها صنف خاص منه، و لتبعيه العقود للقصود،

فلو صح غيرها وقع ما لم يقصد، و ما قصد لم يقع، و الأول أقوى، و ربما يشهد له ما سمعته هنا من الجواز ممن عرفت لو أخبر بالحال و ان لم يكن مرابحه مما ظاهره ذلک، و ان قصد المتعاملان المرابحه و لو للجهل منهما بموضوعهما، بل منه يظهر الوجه فيما ذكرناه سابقا من ثبوت الخيار لو كذب البائع فی رأس المال إذا لم يكن له رأس مال بل كان موروثا أو متهبا، ضروره ابتنائه على صحه البيع، و ربما انقدح منه ثبوت الخيار فی كل ما فعل بعنوان المرابحه فبان عدم موضوعها، إذ لعل له غرضا بذلک كوفاء نذر أو إنفاذ وصيه و نحو ذلک فتأمل جيدا و اللَّه أعلم.

[المسأله الخامسه إذا قوم التاجر على الدلال متاعا و ربح عليه أو لم يربح و لم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحه]

المسأله الخامسه إذا قوم التاجر على الدلال متاعا و ربح عليه أو لم يربح و لم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحه على ما قوم عليه بلا خلاف أجده فيه، لأن الغرض عدم الشراء، و ل

ما رواه فی الكافی عن الكنانی و الفقيه عنه و عن سماعه و التهذيب عن الكنانی و عمرو بن عيسى عن سماعه(۱)عن أبی عبد اللَّه عليه السلام «فی الرجل يحمل المتاع لأهل السوق و قد قوموا عليه قيمه فيقولون بع فما ازددت فلک؟ قال: لا بأس بذلک، و لكن لا يبعهم مرابحه»

و نحوه ذلک صحيح زراره(۲)الاتی، و حينئذ فإن فعل كان آثما، بل يمكن فساد بيعه الا بعد الاخبار بالصوره قبل البيع، فإنه يصح بيعه حينئذ و إن لم يكن مرابحه حقيقه، لعدم الشراء من البائع، إلا أنها بصوره المرابحه، لكن لا يبعد جريان الخيار فيها لو فرض كذب الدلال فيما ذكره من التقويم الذی هو بمنزله رأس المال، لفحوى ما عرفت و على كل حال لا يجب على التاجر الوفاء لو قال له بعه بذلک و الزائد لک، للأصل إذ ليس هو إلا وعدا، و لا يجب الوفاء به، ضروره فساد كونه إجاره و جعاله للجهاله، و عدم ملک الزياده حال القول، و لأنها ببيع الدلال انتقلت إلى التاجر باعتبار كونها عوض ملكه، و لا مقتضى للانتقال عنه إلا القول الأول الذی لم يثبت كونه ناقلا لمثلها، كما انه لم يثبت كونه مقتضيا لانتقالها إلى الدلال من أول الأمر بل الثابت من قاعده تبعيه ملک الثمن للمثمن خلافه، فلا شی ء حينئذ للدلال بل الربح جميعه له أی

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۰- من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب أحكام العقود الحديث- ۲ لكن ليس فيه و لكن لا يبيعهم مرابحه.

التاجر و لكن للدلال أجره المثل لاحترام عمله سواء كان التاجر دعاه الى البيع المزبور أو الدلال ابتدأه لاشتراكهما فى جميع ما ذكرنا كما هو واضح.

لكن فى المقنعه «و إذا قوم على الواسطه المتاع بدراهم معلومه، ثم قال له: بعه بما تيسر لك فوق هذه القيمه و هو لك، و القيمه

لى جاز، و لم يكن بين التاجر و الواسطه بيع مقطوع فان باعه بدونها، كان عليه تمام القيمه لصاحبه و ان لم يبعه كان له رده و لم يكن للتاجر الامتناع من قبوله، و لو هلك المتاع فى يد الواسطه، من غير تفريط له فيه كان من مال التاجر و لم يكن على الواسطه فيه ضمان، فان قبض الواسطه من التاجر المتاع على ما وصفنا، لم يجز ان يبيعه مرابحه و لا يذكر الفضل على القيمه فى الشراء.

و إذا قال الواسطه للتاجر خبرنى بثمن هذا المتاع و اربح على فيه شيئا لا بيعه ففعل التاجر ذلك و باعه الواسطه بزياده على رأس المال و الربح كان ذلك للتاجر دون الواسطه، إلا أن يضمنه الواسطه و يوجبه على نفسه، فان فعل ذلك جاز له أخذ الفضل على الربح، و لم يكن للتاجر إلا ما تقرر بينه و بينه فيه» و نحو ذلك فى النهايه إلا أنه قال: «فى الصوره الثانيه للدلال أجره المثل لا أكثر من ذلك، و كان نظرهما إلى الخبر المزبور، و

صحيح محمد بن مسلم (۱)المروى عن الكافى و التهذيب عن الصادق عليه السلام «أنه قال فى رجل قال لرجل: بع لى ثوبا لى بعشره فما فضل فهو لك لبس به بأس»

و

صحيح زراره(۲)المروى عن الكتب الثلاثه «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام ما تقول فى رجل يعطى المتاع فيقول: ما ازددت على كذا و كذا فهو

لك؟ فقال: لا بأس بذلك، و لكن لا بيعه مرابحه»

و

موثقته (۳)عن ابى جعفر عليه السلام «سألته من الرجل يعطى المتاع فيقال له ما ازددت على كذا و كذا فهو لك قال لا بأس»

لكن عن ابن إدريس بعد أن حكى ذلك عن الشيخ قال: إنه غير واضح و أنه لا يستقيم على أصول مذهبنا، إذ هو ليس بيع مرابحه و لا إجاره و لا جعاله محققه» الى أن قال: «و انما أورد أخبار الآحاد فى هذا الكتاب إيرادا لا اعتقاد أعلى ما وردت به ألفاظها صحيحه كانت أو

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۰ من أبواب أحكام العقود الحديث ۲.

٣- ٣ الوسائل الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود الحديث ٤.

فاسده على ما ذكره و اعتذر به فى خطبه مبسوطه، و رده فى المختلف بأن كلام الشيخ محمول على الجعاله على التقدير الأول، لكن يبقى الإشكال فى الجعاله إذ انضمنت عوضا مجهولا، و يحتمل أن يقال هنا بالصحه، لأنا إنما منعنا جهاله مال الجعاله لأدائه إلى التنازع و هو منتف هنا، إذا الواسطه إن زاد فى الثمن مهما كانت الزياده له، و إلا فلا شى ء له، لأنهما إنما تراضيا على ذلك، بخلاف الجعاله المجهوله المؤديه إلى التنازع، و هذا القول لا بأس به عملا بالأحاديث الصحيحه، أما الصوره الثانيه، فإنه لا جعاله هناک فلهذا أو جبنا على التاجر أجره المثل، و

تبعه فى الدروس قال بعد أن حكى عن الشيخين أن الزياده للدلال إذا قوم التاجر عليه: «و لو بدء الدلال بطلب التقويم، فله الأجره لا غير، و سوى الحليون بين الأمرين فى الأجره، و الأول اثبت، لأنه جعاله مشروعه، و جهاله العوض غير ضائره، لعدم إفضائه إلى التنازع، و

روى ابن راشد(۱)«فى من اشترى جوارى و جعل للبائع نصف ربحها بعد تقويمها أنه يجوز. فإن أحبل المالک إحداهما سقط حق البائع»

. و نحوه فى جامع المقاصد الا انه زيد فيه «عدم شى ء للدلال على التاجر إذا لم يشترط له شيئا فينبغى أن لا يكون له أجره المثل أيضا لمثل ذلک» ثم قال «إن ظاهر العباره قد يشعر بتخيل فرق بين أن يبتدأ الدلال التاجر، و ان يبتدئ التاجر الدلال، و به صرح فى الدروس و هو غير واضح، فان الابتداء و عدمه مع حصول التراضى سواء فى الحكم، فان من قال لمن ذهب عبده أرد عبدک، على أن لى نصفه ابتداء منه، فقال مولى العبد نعم لک ذلک يستحق ما عين له، إن جوزنا كون العوض مجهولا، و أجره المثل إن لم نجوزه فلا يفترقان.

و الظاهر أن الشيخ إنما حكم بعدم شى ء فى الثانيه، لأن التاجر لم يلتزم بشى ء أصلا، و لا يستحق الدلال اجره عليه، و الروايات لا دلاله فيها على الفرق بين الابتداء أولا و الرضا آخرا، و الذى يقتضيه النظر أنهما إذا تراضيا على ذلک سواء تقدم بالقول الدلال أم التاجر، إذا وقع ما يدل على الرضا من الأخر

فإنه يكون جعاله، فيصح، و لو أبطلنا أو جبنا أجره المثل فى الموضعين، و لو ان التاجر لم يصرح بشى ء لم يكن للدلال شى ء إلا أن يأمره

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۴ من أبواب بيع الحيوان الحديث ۶.

بذلک و یکون له فی العاده علی مثل هذا اجره».

و تبعه فی کثیر من ذلک فی المسالک، و فی الجمیع ما عرفت من عدم صحه الجعاله فضلا عن الإجاره، لعدم شمول الربح للمالک حین الجعل، و المضاربه شرعت لدلیلها، مع أن العامل یملک جزاء، من المال بظهور الربح فیه، بل لو جاز فی الجعاله نحو ذلک لکانت المضاربه قسما منها علی أنه لیس فی الجعاله عموم یشمل الفرض بناء علی انها لیس من العقود کی تندرج فی عمومها؛ إذا قلنا انها عباره عن الإیجاب و القبول، لما ستعرفه فی محله إنشاء اللّٰه من قوه القول بأن الجعاله من قسم الإیقاع، و المتیقن مما جاء فیها کتابا و سنه کون الجعل مملوکا ذمه أو خارجا، بل هو المناسب لإنشاء تملیکه، و إن کان لا یملکه إلا بعد تمام العمل، و حینئذ فلا فرق فی عدم جواز الربح جعلا بین کونه لعمل آخر کرد عبد و نحوه و بین کونه لذلک العمل نفسه کما لو قال بعه بالزیاده و هی لک و غیر ذلک.

و ما تسمعه إنشاء اللّٰه فی باب الجعاله من التوسعه فیها انما هی فی أمر أخر لا- ما یشمل المقام فلاحظ و تأمل بل الالتزام بمضمون النصوص المزبوره و إن کان مخالفا للقواعد اولی من ذلک و ینبغی حینئذ الجمود علی ما فیها من ابتداء التاجر الدلال أما العکس فلا دلاله فی النصوص حینئذ؛ فیبقی علی القواعد من استحقاق اجره المثل و لعله لذلک فرق الشیخان فیهما و ان أبیت من ذلک فحمل النصوص حینئذ و کلام الشیخین علی توکیل التاجر الدلال علی قبول المتاع بما فرضه من القیمه علی نفسه عند اراده البیع فیکون بیع المتاع حینئذ له و الزیاده له أولی، فهو أشبه شی ء بقول المالک أذنت لک ببیع مالی لک و علیک قیمته فإذا باعه تعلقت قیمته، فی ذمته بل فی عبارتی المقنعه و النهایه ما یشهد له.

و لا فرق فی ذلک بین ابتداء التاجر بذلک أو الدلال، و لیس فی کلام الشیخین ظهور فی الفرق المزبور الذی لا یکاد یحصل له وجه معتد به کما أوضحه فیما سمعته من جامع المقاصد. نعم الظاهر ان منشأ الفرق فیما ذکره من الصورتین عدم تعرض الدلال و التاجر للزیاده، و انما طلب الدلال الاخبار بالثمن و مقدار الربح کی إذا باعه به فصاعدا یستحق

أجره عمله، و لا يكون للتاجر طريق عليه بأنك لم تبعه على ما أريد و من هنا صرح الشيخ فى هذه الصوره بالرجوع بأجره المثل كما سمعت، و بذلك يظهر لك وجه النظر فيما سمعته من جامع المقاصد و بعض من تأخر عنه، كما انه لا يخفى عليك مما ذكرنا ان الأقوى ما ذكره المصنف و الفاضل فى جمله من كتبه من وجوب أجره المثل فى المفروض المسأله لما عرفت من بطلان ذلك اجاره و جعاله، و النصوص و ان كثرت و صح جمله منها و تعاضدت إلا ان اعراض المعظم عنها مع ذكرهم لها يذهب الوثوق بها و العامل بها بظن أنها جعاله ليس عملا بها حقيقه، بل هو توهم أن مفروضها كذلك، و قد عرفت فساده، بل لعل الشيخين بعد ما عرفت من عدم فرقهما بين ابتداء التاجر و الدلال لذلك أيضا، بل هى أجمع غير صريحه فى لزوم ذلك، بل و لا ظاهره ظهورا يعتد به، إذ من المحتمل كون المراد نفى الباس عما وقع بينهما مستمرا عليه التراضى منهما، نحو نفى الباس

فى صحيح عبد الرحمن (۱)«سألت أبا عبد اللّٰه عليه السلام عن السمسار يشترى بالأجر فندفع إليه الورق و نشترط عليه إنك إن تأتى بما تشترى فما شئت أخذته، و ما شئت تركته، فيذهب و يشترى و يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت، و دع ما كرهت؟ قال: لا بأس»

و اللّٰه العالم.

[أما التوليه]

و أما التوليه التى قد تضمنتها جمله من النصوص كصحيح منصور بن حازم (۲)و خبر على بن جعفر(۳)و خبر معاويه بن وهب (۴)و خبر سماعه(۵)و خبر أبى بصير(۶)و غيرها

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب أحكام العقود الحديث- ۲-.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱- ۱۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۹.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱۱.

۵- ۵ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱۵.

۶- ۶ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحكام العقود الحديث ۱۶.

و كثير من عبارات الأصحاب كالشيخ و غيره، فهى أن يعطيه المتاع برأس ماله من غير زياده و قد يقوى جريان جميع ما سمعته فى المرابحه مما يدخل قيمته فى رأس المال من الأعمال و غيرها، لكن فى التذكره «لا بد من كون الثمن مثليا ليأخذ المولى مثل ما بذله، فلو اشتراه بعرض لم تجز التوليه، مع أنه؛ قد ذكر جواز نحو ذلك فى المرابحه، و فيه أنه لا ـ ريب فى جوازه إذا انتقل ذلك العرض الى من يراد توليته كما أنه يقوى جوازها بقيمه العرض بعد الإخبار بذلك؛ نحو ما سمعته فى المرابحه؛ و احتمال الفرق بينهما بدخول التقويم فى الجمله فى المرابحه بخلافها باعتبار ظهور مادتها فى إراده العقد، بمعنى إعطاء البيع بنفس ما وقع فى ذلك العقد ممنوع و إلا لجرى مثله فى المرابحه و المواضعه.

و على كل حال فيقول إذا أراد عقدها وليتك أو بعتك أو ما شاكله من الألفاظ الداله على النقل الذى هو بيع. نعم فى جامع المقاصد و المسالك «إنه إن كان العقد بغير لفظ وليتك وجب ذكر الثمن، و إن كان بها لم يحتج، كما أنه فيها و فى غيرها أنه يجعل مفعوله العقد لو كان اللفظ وليتك.

و لذا قال فى الدروس و المسالك: «إنه يحتمل الاجزاء لو قال وليتك السلعه» قلت: لعل الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحه لفظ التوليه فى البيع برأس المال، فيغنى ذكره قبل العقد عنه فيه، بل أصل المعنى فى وليتك العقد إعطاء السابق، بمعنى تمليك المولى البيع بما ملكه المولى فى العقد السابق، لكن لا ـ يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعه، بل فى كثير من نصوصها وقعت مفعولا للتوليه، و إن لم تكن فى صوره العقد، بل لا إشعار فى شى ء من النصوص بجعل المفعول العقد، فجعل المفعول السلعه إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد فى الاستغناء عن الثمن، فلا ريب فى مساواته له، بل لا يبعد الاستغناء عنه لو قال بعتك السلعه توليه، بل قد يظهر من القواعد و التذكره و غيرهما الاجتزاء بلفظ بعتك مع قصد التوليه، و إن لم يذكر لفظها، كما أن ظاهرهما الاجتزاء بهما و ان لم يذكر لهما مفعولا من السلعه و العقد، اكتفاء بما قدماه على العقد، و كل ذلك غير بعيد.

إنما الكلام فی أصل العقـد بهذا اللفظ أی التولیه، و لا یبعد جوازه لاندراجه فی عموم الآیه(۱)بعد أن ذکر جماعه من الأصحاب العقـد به، بـل ذلک قرینه إلی إراده العقـد بهـذا اللفظ فی النصوص المشـتمله علیها، لا أن المراد البیع برأس المال الواقع بألفاظه الخاصه؛ و لا یشـکل ذلک بعدم جواز العقد بلفظ المرابحه و الوضـیعه، للفرق بذکر بعض الأصحاب العقد باللفظ الأول دونهما، و بنـاء علی أن المراد فی الآیه العقود المتـداوله لا طریق إلی معرفه ذلک إلا ذکر الأصـحاب، مضافا إلی أن التولیه لیس إلا البیع برأس المال، بخلاف المرابحه و المواضعه التی لهما أفراد

متعـدده، لتعـدد أفراد الربح و النقصان، و إلی أن کلا من لفظهما لا دلاله فی أصـله علی النقل، بخلاف التولیه التی من مشـتقاتها الولی بمعنی المالک المتصرف، و هی بمعنی الإعطاء، و نحوه مما یناسب إراده النقل، فتأمل جیدا.

و کیف کان فهی بیع یلحقها أحکامه من الشـفعه و القدره علی التسلیم و غیرهما، کما أنه یلحقها الخیار المزبور فی المرابحه، لو کـذب برأس المال علی ما صـرح به فی التـذکره، لاتحاد الطریق، و الزوائد المنفصـله قبل التولیه للمولی و بعدها للمولی، بالفتح خلافا لأحـد قولی الشافعیه و الحط من الثمن بعد التولیه و قبلها للمولی بالکسـر، و فی القواعد» لو باع تولیه فحط البائع الأول عنه البعض فله الجمیع، و إن کـان الحـط قبل التولیه فله الباقی إن کان بما أدی» و هو جیـد إن صـدق علیها اسم التولیه التی هی کما عرفت البیع برأس المال، و لا ریب فی أنه الجمیع، و لا ینافیه الحط إذ هو إبراء و حینئـذ فالبیع بما أدی وضـیعه لا تولیه، و المراد بالبیع بما أدی الإخبار بمقـداره قبل؛ ثم البیع به، لا أنه یناط البیع به ثم یعلم بعـد ذلک، ضـروره کونه حینئـذ مجهولا فیفسد کما یفسد البیع بذلک، و اللّه أعلم.

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

[أما المواضعه]

و أما المواضعه فإنها مفاعله من الوضع بمعنى الحط إذ هى النقصان قدرا من رأس المال؛ و لا ريب فى جوازها إذ هى كالمرابحه، إلا أنه قيل بكراهه النسبه إلى رأس المال، نحو ما سمعته فى المرابحه، و التسامح فيها يقضى بالتسامح فى البحث عنها، و الأمر سهل، و حينئذ فإذا قال بعتك بمائه و وضيعه درهم من كل عشره فالثمن تسعون إذ لا ريب فى ظهور العباره فى أن الموضوع بعض كل عشره، لا أن المراد به معنى الوضع لكل عشره، حتى يكون الموضوع خارجا عنها، كما لو عبر بهذه العباره التى لا ريب فى ظهورها فى كون الموضوع للعشره غيرها، و لذا لم يخالف فيه أحد، فيكون الثمن أحد و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم، و إلا لكان المتجه حينئذ عدم كون الثمن فيما فيما أو قال:

من كل أحد عشر درهما ما ذكره المصنف و غيره، بل لا خلاف أجده فيه من أنه أحد و تسعون إلا جزءا من أحد عشر جزء، و لا ريب فى أنه خلاف الظاهر، و محتاج إلى القرينه، فاحتمال جماعه له كما قيل: إن أريد به بحيث يساوى ذلك له، فهو كما ترى، فضلا عن دعوى ظهور العباره فيه، كما هو واضح، و فى الدروس «و لو قال: بعتك بمائه و وضيعه درهم من كل عشره، فالثمن تسعون، و لو قال لكل عشره زاد عشره أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم، و ضابطه إضافه الوضيعه إلى الأصل، و نسبتها إلى المجموع ثم إسقاطها، فالباقى الثمن.

و لو قال وضيعه العشره درهم، احتمل الأمرين نظرا إلى معنى الإضافه من اللام و من، و إن أثبتا الإضافه الظرفيه، فهى كالتبعيضيه، و الشيخ طرد الحكم بالضابط فى وضع درهم من كل عشره، كأنه يجعل من لابتداء الغايه، و يجعل العشره سالمه للبائع، و كذا فى كون الثمن تسعين لو قال بعتك بمائه بمواضعه الشعره درهم؛

وفاقا للمحکی عن الشیخ لأن المنساق إلی الذهن کون الإضافه بمعنی من التبعیضیه، فیساوی حینئذ بوضیعه درهم من کل عشره.

لکن فی المسالک «تبعا لما عن المیسیه أن الإضافه بمعنی من، لا تکون إلا فی من البیانیه لا التبعیضیه، نحو خاتم فضه، و باب ساج، و هو منتف هنا، لاشتراطها بصحه إطلاق المجرور بها علی المبین، کما فی قوله تعالی (۱)«فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثانِ» و قد صرح بذلک المحقق الرضی و ابن هشام و تاهیک بهما، و حینئذ فینتفی القول بحمل الإضافه فی المسأله علی معنی من رأسا، لأن الموضوع المضاف بعض العشره و لا یصح الاخبار بها عنه فتعین کونها بمعنی اللام، قلت: فیکون الثمن حینئذ أحد و تسعین إلا جزءا من أحد عشر جزءا نحو المثال الآتی و فیه مضافا إلی ما تسمعه من المناقشه فی المثال المساوی له، منع اعتبار ذلک فی الإضافه؛ قال الزمخشری فیما حکی من کشافه فی تفسیر قوله تعالی (۲)«وَ مِنَ النّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ الْحَدِیثِ» أنه یجوز الإضافه بمعنی من التبعیضیه کأنه قیل و من الناس من یشتری بعض الحدیث الذی هو اللهو منه.

و عن السید الشریف أنه نص فی بیان معنی فاتحه الکتاب؛ أن الإضافه بمعنی من قد تکون

فی من التبعیضیه، و نقله عن بعضهم و عن صاحب الکشاف، و من ذلک ینقدح قوه جواز الإضافه بمعنی التبعیض الذی هو أعم من البیانیه التی ذکرها، و أنه لا یعتبر صحه الحمل و لعل التبعیض بالمعنی المزبور حاصل حتی فیما ذکره من المثالین، خصوصا و قد ذکر هذا الاحتمال جماعه من المحققین، کالشیخ و المصنف و الفاضل و الشهید و فخر الإسلام و المحقق الثانی و غیرهم، حتی أن جماعه توقفوا فی الترجیح بینه و بین کون الإضافه بمعنی اللام، بل صرح بعضهم بالبطلان مع عدم القرینه لتکافؤ الاحتمالین، و کل ذلک دلیل علی صحته، و إن کان الأقوی ترجیحه علی اللام بالتبادر فی عرفنا الآن، و ترجیح ذلک علیه بالقیاس علی المرابحه؛ فإنه إذا قال: رأس مالی مثلا عشرون، و بعتک برأس مالی مع مواضعه العشره درهمین و نصف، فلو فرض أن ذلک کان بصیغه

۱- ۱ سوره الحج الآیه- ۳۰.

۲- ۲ سوره لقمان الآیه- ۶.

المرابحه صار المجتمع خمسه و عشرين، و نسبه الخمسه إليها الخمس، فينبغى سقوط الخمس من الثمن، لو كان بصيغه المواضعه و هو أربعه فيكون الثمن سته عشر درهما، ليس بأولى من القول بملاحظه نسبه الوضيعه إلى رأس المال، و أنه يسقط بقدرها، فيكون الثمن خمسه عشر، لأن نسبه الخمسه إلى العشرين الربع.

و حينئذ ففى المثال تنسب العشره إلى الماءه و تسقط من الثمن فيبقى تسعون، ضروره أن نسبتها العشر، لا أنه تنسب العشره إلى القدر المجتمع منها و من رأس المال، فيكون الساقط جزءا من أحد عشر فتأمل جيدا و لو قال : بعتك بمائه و وضيعه درهم من كل أحد عشره، كان الثمن أحدا و تسعين إلا جزءا من أحد عشر جزء من درهم بلا خلاف أجده فيه هنا، لكن قد يشكل بأن الظاهر الوضع لكل عشره درهم، فبعد حذف التسعه عن المائه، لا ينبغى وضع شى ء آخر عن الواحد، لعدم كونه عشره، فيكون الثمن حينئذ أحدا و تسعين، مضافا إلى أصاله عدم الوضع؛ فلو ادعى البائع هذا المعنى حمل عليه، و لو مات و لم يفسر حمل عليه أيضا، اللهم إلا أن يقال: إن المراد الحط لكل عشره أجزاء، جزء من خارج درهما كان أو عشره، ملاحظه لجانب المشترى، لأن الأصل عدم الزياده، و لعله على ذلك مبنى كلام الأصحاب، و لا بأس به مع مساعده العرف عليه، و أما التشريك فقد تقدم سابقا بعض الكلام فيه و فى الدروس هنا هو أن يجعل له فيه نصيبا برأس ماله، و هو بيع أيضا و لو أتى بلفظ التشريك، فالظاهر الجواز، فيقول شركتك فى هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه، انتهى و فيما ذكره أخيرا بحث.

[الفصل السابع فى الربا]

اشاره

الفصل السابع فى الربا المحرم كتابا(۱)و سنه(۲)و إجماعا من المؤمنين بل المسلمين، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين، فيدخل مستحله فى سلك الكافرين، كما يومى إليه

ما رواه

۱- ۱ سوره البقره الآيه ۲۷۴ و سوره آل عمران الآيه ۱۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الربا.

ابن بکیر(۱)«قال: إنه بلغ أبا عبد اللَّه علیه السلام عن رجل أنه کان یأکل الربا و یسمیه اللبأ، فقال لئن أمکننی اللَّه منه لأضربن عنقه»

و نحوه غیره

«و الدرهم من الربا یمحق الدین و یورث الفقر ان تاب»(۲)

«بل هو عند اللَّه أشد من عشرین زنیه»(۳)

«بل ثلاثین»(۴)

«بل سبعین کلها بذات محرم فی بیت اللَّه الحرام»(۵)

«بل للربا سبعون بابا أهونها عند اللَّه کالذی ینکح أمه فی الکعبه»(۶)

«و لذا کان أخبث المکاسب و شرها،(۷)

و من أکله ملاء اللَّه بطنه من نار جهنم بقدر ما أکل»،(۸)

و من اکتسب منه ما لا لم یقبل اللَّه منه شیئا من عمله، و لم یزل فی لعنه اللَّه و الملائکه ما کان عنده قیراط واحد»(۹)

و

قد رأی النبی صلی اللَّه علیه و آله لما اسری به إلی السماء أقواما یرید أحدهم أن یقوم، فلا یقدر من عظم بطنه، فسأل جبرئیل عنهم، فقال له: هم الذین یأکلون الربا»(۱۰)

«فلعن اللَّه آکله و مشتریه و بایعه و کاتبه و شاهدیه و الزائد و المستزید فی النار»(۱۱)

. لکن فی الدروس و لو اضطر الدافع و لا مندوحه فالأقرب ارتفاع التحریم فی حقه، و هو جید فی بعض أفراد الضروره،

«و إنما حرمه اللَّه لئلا یترک الناس فعل المعروف من القرض و غیره

(۱۲)بل لترکوا التجارات أیضا(۱۳)بل هو فی نحو شراء الدرهم بالدرهمین من السفه المفسد للمال کما أومی إلیه

الرضا علیه السلام (۱۴)فی جواب السؤال عن عله تحریمه «قال: لما فیه من فساد الأموال لأن الإنسان إذا اشتری الدرهم بالدرهمین کان ثمن الدرهم درهما و ثمن الآخر باطلا فبیع الربا و شراؤه و کس علی کل حال، علی المشتری، و البائع، فحرم

اللَّه عز جل على العباد الربا، لعله فساد الأموال، كما حظر

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الربا- الحديث- ١-.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ من أبواب الربا الحديث- ٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١ من أبواب الربا الحديث- ۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ١ من أبواب الربا الحديث- ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ١ من أبواب الربا الحديث ١.

۶- ۶ الوسائل الباب- ١ من أبواب الربا الحديث- ١٢ الى ٢٣.

٧- ٧ الوسائل الباب- ١ من أبواب الربا الحديث ١٢- الى ٢٣.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١ من أبواب الربا الحديث ١٢- الى ٢٣.

٩- ٩ الوسائل الباب ١- من أبواب الربا الحديث ١۵.

١٠- ١٠ الوسائل الباب ١- من أبواب الربا الحديث ١۶.

١١- ١١ الوسائل الباب ۴ من أبواب الربا الحديث ١- ۵.

١٢- ١٢ الوسائل الباب ١ من أبواب الربا الحديث ۴.

١٣- ١٣ الوسائل الباب ١ من أبواب الربا الحديث ٨.

١۴- ١۴ الوسائل الباب ١ من أبواب الربا الحديث ١١.

على السفيه أن يدفع إليه ماله لما يتخوف عليه من فساده، حتى يونس منه رشد، فلهذه العله حرم اللَّه عز و جل الربا و بيع الربا بيع الدرهم بالدرهمين».

و منه كغيره يعلم أن ليس المراد من الربا المحرم مطلق الزياده، كما هو معناه لغه؛ بل المراد به كما فى المسالك و غيرها «بيع أحد المتماثلين المقدرين بالكيل أو الوزن فى عهد صاحب الشرع عليه السلام أو فى العاده مع زياده فى أحدهما حقيقه أو حكما، أو اقتراض أحدهما مع الزياده، و إن لم يكونا مقدرين بها إذا لم يكن باذل الزياده حربيا، و لم يكن المتعاقدان و الدا مع ولده. و لا زوجا مع زوجته» و إن كان تعريفه بذلك لا يخلو من نظر، من وجوه إلا أنه يسهل الخطب عدم إراده تعريف الحقيقى، بل قد يقال: إن المراد به شرعا المعنى اللغوى؛ لكن فى خصوص النسيئه و البيع أو مطلق المعاوضه، بناء على تعميمه بالشرائط التى تسمعها إنشاء اللَّه، و بيع الربا هو البيع المشتمل على الزياده كما أومى إليه الرضا عليه السلام بما سمعت، و عن حواشى الشهيد و آيات المقداد و جامع المقاصد أنه شرعا زياده أحد العوضين إلى آخر ما سمعته من المسالك، و عن فقه القرآن للراوندى أصل الربا الزياده و الربا هو الزياده على رأس المال من جنسه أو مماثله إلى غير ذلك، مما يرجع إلى ما ذكرنا من النصوص و غيرها، فضلا عن التبادر.

و من هنا ربما قيل بأن المتجه بحسب القواعد صحه المعامله المشتمله عليه؛ و اختصاص الفساد بالزياده، لأنها هى محل النهى فبيع المثلين حينئذ بالمثل كبيع ما يجوز بيعه، و ما لا يجوز بيعه، فى عقد واحد الذى يصح فى الأول، و يبطل فى الثانى.

نعم لا يبعد التسلط على الخيار مع الجهل و حينئذ فلا بد من الاستدلال على الفساد بدليل خاص غير تحريم الربا لكن لا يخفى أن ظاهر الأصحاب بل و جمله من النصوص تحريم نفس المعامله و ما يحصل بها، فما يأخذه من الغريم من رأس المال و الزياده حرام، و كذا ما يعطيه، و عن مجمع البيان معنى أحل اللَّه البيع و حرم الربا: أحل البيع الذى لا ربا فيه؛ و حرم البيع الذى فيه الربا، فيمكن كون النهى هنا كالنهى عن بيع الملامسه و

المنابـذه مما لا إشـكال عندنا فى اقتضائه الفساد، و أنه ليس كالنهى عن البيع وقت النداء أو يرجع إلى النهى عن نفس العوض و المعوض عنه، و هو لا ريب فى اقتضائه الفساد.

بل يمكن اسـتناد الفساد إلى قاعده تبعيه العقود، للقصود، ضـروره أن البائع أو المشترى إنما بذل المثل فى مقابله المثلين، فان لم يتم له بطل العقد، و ليس هو كبيع الشاه و الخنزير التى يبطل من الثمن ما قابلها، فيبقى الأخر بما قابله منه، لان البطلان فى الزياده هنا بلا مقابل و هو أمر غير مقصود، للمتعاملين، فلو صح العقد وقع ما لم يقصد، و ما قصد لم يقع كما هو واضح.

نعم قد يقال بصـحه المعامله إذا كانت الزياده خارجه عن أحد العوضـين، كما إذا كانت شرطا و نحوه بناء على أن بطلان الشرط لاـ يقضـى ببطلاـن العقـد، مع احتمـال القول بالفسـاد هنـا، و إن لم نقـل به هنـاك، لظهور النص و الفتوى فى أن الربا متى دخل المعـامله أفسـدها على أى وجه كـان دخوله، فيختص النزاع السـابق حينئـذ بمـا إذا لم يكن فسـاد الشـرط لانه ربا، و من هنا كان اشتراط الأجل فى أحد المتماثلين ربا، و

فى خبر خالـد بن الحجـاج (۱)«سـألته عن رجـل كـانت لى عليه مـاءه درهم عـددا قضانيهـا مـائه درهم وزنـا، قال: لا بأس ما لم تشارط؛ قال: و قال: جاء الربا من قبل الشرط.

و إنما تفسده الشروط»

فالأقوى البطلان حينئذ و إن كان الربا شـرطا، و لا ينافى ذلک ما تسـمعه إنشاء اللّه من النصوص و الفتاوى فى وجوب رد الزياده فى حالى العلم و الجهل و عدمه، كما ستعرف.

و قد تلخص مما ذكرنا فساد المعاوضه الربويه على كل حال سواء قلنا بكون النهى عنها، أو قلنا بأن النهى عن الزياده، و أما الأول فواضـح، و أمـا الثـانى فلان المراد من النهى عن الزياده معامله المثل بالمثلين مثلا، و هى مباينه لمعامله المثل بالمثل على وجه لا تتحقق الثانيه فى ضمن الأولى، كى يكون النهى متعلقا بالزياده نحو شراء

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف الحديث- ۱.

الشاه و الخنزير، فإنهما معا يحصلان بعقد واحد؛ فيصح بالمحلل و يبطل بالمحرم، و ليس

ما نحن فيه كذلك قطعا؛ ضروره عدم حصول معامله المثل بالمثل فى ضمن معامله المثل بالمثلين، مع زياده لما عرفت من مباينتهما على وجه لا يجتمعان، فإنه متى تحقق أحدهما خرج عن موضوع الأخر.

نعم لو فرض عقد واحد اشتمل على معامله المثل بالمثل و على معامله المثل بالمثلين أمكن حينئذ التزام كونه كالشاه و الخنزير و ليس المقام من هذا القبيل قطعا، فليس حينئذ معامله المثل بالمثلين الا من العنوان المحرم، لا أنه اجتمع فيه المحلل و المحرم و كيف يتصور اجتماعهما بعد اعتبار الشارع فى المثل بالمثل عدم الزياده فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع.

و كيف كان ف هو أى الربا يثبت فى البيع بلا خلاف بين المسلمين بل هو كالضرورى من الدين، لكن مع وصفين أحدهما اتحاد الثمن و المثمن فى الجنسيه و الثانى كونهما مما يعتبران ب الكيل و الوزن و كذا ثبوته فى القرض فيتحقق فيه مع اشتراط النفع بالعين أو الصفه من غير فرق فيه بين المكيل و الموزون، و غيرهما فهو أعم موضوعا من الأول فلا بد للفقيه حينئذ من البحث فى حكم كل منهما و شرائطه- و لذا قال المصنف أما الثانى أى ربا القرض فسيأتى البحث فيه، فى بابه.

[الأول البيع الربوى]

اشاره

و أما الأول فيقف بيانه على أمور (۱۱) أربعه لكن ينبغى أن يعلم أولا أن الظاهر ما صرح به المصنف فى باب الغصب من ثبوت الرياء فى كل معاوضه، وفاقا للمحكى عن السيد و الشيخ و القاضى و ابن المتوج و فخر المحققين و الشهيدين و ابن العباس و القطيفى و العليين و الأردبيلى و غيرهم، بل نسبته الأخير فى آيات أحكامه إلى الأكثر، لإطلاق ما دل على حرمته من الكتاب و السنه. إذ هو الزياده المتحقق صدقها فى البيع و غيره.

و دعوی- أنه البیع و القرض مع وصف الزیاده کما یومی إلیه تعریف بعضهم له بذلک أو أنه الزیاده فیهما خاصه لغه أو شرعا- لا شاهد لها، بل الشواهد جمیعا علی خلافها حتی ما ورد(۱)فی وجه تحریمه من تعطیل المعاش،(۲)و اصطناع الناس المعروف و نحوهما. بل و الصحاح المستفیضه التی سیمر علیک کثیر منها، ک

قول الصادق علیه السلام فی صحیح ابی نصر(۳)«الحنطه و الشعیر رأسا برأس لا یزداد واحد منهما علی الأخر إلی أن قال: و الدقیق بالحنطه و السویق بالدقیق مثلا بمثل لا بأس به»

و فی آخر (۴)

کان علی علیه السلام «یکره أن یستبدل وسقا من تمر المدینه بوسقین من تمر خیبر، و لم یکن علی علیه السلام یکره الحلال»

و

قال عبد الرحمن(۵)للصادق علیه السلام أیضا «أ یجوز قفیز من حنطه بقفیزین من شعیر؟ فقال: لا یجوز إلا مثلا بمثل»

ک

قوله أیضا فی صحیح الحلبی (۶)«الفضه بالفضه مثلا بمثل لیس فیها زیاده و لا نقصان الزائد و المستزید فی النار»

و سأل محمد أبا جعفر علیه السلام(۷)عن الرجل یدفع إلی الطحان الطعام فیقاطعه علی أن یعطی صاحبه لکل عشره أرطال اثنی عشر رطلا دقیقا فقال: لا قلت: الرجل یدفع السمسم إلی العصار و یضمن لکل صاع أرطالا مسماه، قال: لا»

بل قیل إنه صریح فی المطلوب إلی غیر ذلک من النصوص، الظاهره بسبب الإطلاق أو ترک الاستفصال فی حصول الربا بالزیاده فی مطلق المعاوضه، المعتضده مع ذلک کله بالاحتیاط.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ من أبواب الربا الحدیث ۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ من أبواب الربا الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل ذکر صدره فی باب ۸ من أبواب الربا عن أبی بصیر الحدیث ۳ و ذکر ذیله عن زراره فی باب ۹ الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الربا الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الربا الحدیث- ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب ۱ من أبواب الصرف الحدیث- ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحدیث- ۳-.

خلافا للحلی و الفاضل فخصاه بالبیع، و القرض، للأصل، بعد دعوی أن الربا الزیاده فیهما، أو أن المنساق من الأدله ذلک، سیما بعد أصاله البیع فی المعاوضه، و لو لانه الکثیر الشائع، فنصوص الاستدلال و نحوها تنصرف الیه، و فیه ما عرفت، و حینئذ فینقطع

الأصل بما سمعته، مؤیدا بالشهره العظیمه، بل قیل إن الفاضل قد رجع عنه فی کتاب الصلح من القواعد، فینحصر الخلاف حینئذ بالحلی، و اقتصار المصنف هنا علی البیع مع تصریحه فی الغصب بالعموم، لا یعد خلافا کتعریف بعضهم له بذلک مع تصریحه فی غیر المقام بالتعمیم، الکاشف عن عدم إراده الاختصاص بذلک، و أنه ذکره لکون البیع محل البحث، فتأمل جیدا، و اللَّه أعلم.

و کیف کان ف

[الأمر الأول فی بیان الجنس]

الأول من الأمور فی بیان الجنس الذی قد عرفت اعتبار اتحاده فی المنع من الربا کما ستعرف دلیله؛ نعم قد صرح غیر واحد أن المراد به فی النص و الفتوی الحقیقه النوعیه المسماه فی المنطق بالنوع، و فی اللغه بالجنس، لکن اعترف فی جامع المقاصد بأن ذلک یعسر الوقوف علیه، بل عن مجمع البرهان أنه متعسر، بل قیل إنه متعذر، و هو کذلک، ضروره صعوبه الوصول إلی معرفه الذاتیات، بحیث یفرق فیها بین الجنس و النوع، و الصنف و الفرد، علی وجه یطمئن به و لعله لذا جعل ضابطه فی السرائر و التذکره و التحریر و الدروس و اللمعه و غیرها کل شیئین مثلا یتناولهما لفظ خاص کالحنطه مثلا بمثلها و الأرز بمثله و لعله لان الاتفاق فی ذلک کاشف عن الاتحاد فی الحقیقه النوعیه. کما یومی الیه الجمع- فی المحکی عن الکافیه- بینهما؛ فقال: إن المراد بالجنس الواحد الحقیقه النوعیه، و ضابطه أن یتناولها لفظ خاص، و کان وجه ذلک معلومیه إراده کون التناول للاشتراک فی القدر المشترک بین الأفراد الذی لا قدر غیره أخص منه، فلا أثر للتناول بالاشتراک اللفظی، و لا للتناول بالاشتراک فی الجنس الذی تحته قدر أخص منه، لافراد خاصه من ذلک الجنس و لا أقل من أن یکون ذلک قاعده مطرده حتی یعلم خلافها، کاطراد قاعده اقتضاء اختلاف اللفظ الخاص اختلاف الحقیقه حتی یعلم، فلا یرد

حینئذ تناول لفظ الطعام و الحب و نحوهما مما هی أسماء أجناس تحتها إقدار مشترکه أخص منها، کما لا یرد الاتحاد هنا فی الشعیر و الحنطه مع اختلاف اللفظین، مع إمکان التخلص عن الأخیر بطریق آخر، هو ما أشارت إلیه النصوص، من أن الاتحاد فی باب الربا بینهما باعتبار کون الشعیر من الحنطه، و أنها هی أصله، لا باعتبار اتحادهما فی الحقیقه، الآن و مثله حینئذ کاف فی تحقق الربا، و إن اختلفت الحقیقه، و کان إطلاق الأصحاب فی أول البحث الاکتفاء باتحاد الجنس، مع جریان الربا فی المختلف إذا کان أحدهما أصلا و الأخر فرعا، اتکالا علی ما یذکرونه بعد ذلک، أو یریدون اتحاد الجنس و لو بالأصل.

نعم الظاهر الاکتفاء بذلک إذا کانت الحقیقه الفرعیه متخذه من ذلک الأصل لا غیر کالشعیر من الحنطه. و التمر من الطلع مثلا، فلا یرد حینئذ معلومیه عدم الربا بین التمر و الملح الذی یفرض استحالته، لأن حقیقه الملح لیست متخذه منه، بل هو استحاله لخصوص فرد فتأمل جیدا. فإنه دقیق نافع. و تسمع له فیما یأتی تتمه إنشاء اللّٰه.

و بذلک کله یظهر لک ارتفاع الاشکال عن المسأله و إن التبس الأمر علی بعض المحققین؛ من متأخری المتأخرین، و لو فرض حصول فرد مشتبه بین کونه متحد الجنس و مختلفه، فظاهر اعتبار الأصحاب اتحاد الجنس فی الحرمه الحل لأن الشک فی الشرط شک فی المشروط، و الفرض کون المحرم مشروطا دون الجائز الباقی علی مقتضی العموم.

نعم قد یقال إن ظاهر النصوص الاشتراط فی کل منهما، لقوله فیما تسمع (۱)

«إذا اختلف الجنسان أو الشیئان فبیعوا کیف شئتم»

و نحوه غیره، و

قوله (۲)«کل شی ء یکال أو یوزن فلا یصلح

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الربا الحدیث ۳.

مثلین بمثل إذا کان من جنس واحد»

فیکون کل من الجائز و المحرم مشروطا بشرط، فمع فرض الشک یتجه الفساد، لأصاله عدم ترتب الأثر، و عدم النقل و الانتقال، و نصوص (۱)

«کل شی ء یکون فیه حلال و حرام»

فی غیر الفرض، کما یشهد له اتفاقهم علی عدم جریانها فی المشتبهه من النساء بین الأجنبیه و النسبیه، و لیس إلا لاشتراط کل من الحل و الحرمه بشرط فرض الشک فیه، فیبقی أصل عدم ترتب الأثر بحاله، کبقاء مقتضی قاعده المقدمه.

نعم قد یقال بالحلیه فی المشکوک فی حصول سبب التحریم، نحو ما أشارت إلیه

النصوص(۲)بأن جاریه تحتک و لعلها أختک»

و للسیره و الطریقه و غیرهما، و بذلک ظهر لک أن مقتضی النصوص فی المقام الفساد، إلا أنه بملاحظه اقتصار الأصحاب الشرطیه فی المحرم دون غیره، یحکم بالحل فی المشتبه فتأمل جیدا.

و علی کل حال فیجوز بیع المتجانس بمثله وزنا بوزن نقدا بلا خلاف و لا إشکال نصا(۳)و فتوی عموما و خصوصا کما أنه لا یجوز مع الزیاده الجنسیه لذلک. نعم فی المسالک. «هذا إذا کان أصلهما الوزن، اما لو کان أصلهما الکیل ففی الإکتفاء بتساویهما وزنا خاصه نظر، من کون الوزن أضبط، حتی قیل إنه أصل للکیل، و من ورود الشرع و العرف بالکیل، فلا یعتبر بغیره، و ظاهر کلام المصنف اختیار الأول، و هو متجه، بل نقل بعضهم الإجماع علی جواز بیع الحنطه و الشعیر وزنا مع الإجماع علی کونهما مکیلین فی عهده علیه السلام قلت: ستسمع تحقیق المسأله فی الفرع الأول و اللَّه أعلم.

و أما إذا کانت الزیاده حکمیه، کالأجل فلا خلاف محقق معتد به فی عدم الجواز ف لا یجوز حینئذ إسلاف أحدهما فی الآخر، لکن قال المصنف هنا علی الأظهر و لعله أشار به إلی ما حکاه فی المختلف عن الخلاف من کراهه بیع

۱- ۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب ما یکتسب به الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۴ من أبواب ما یکتسب به الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۸- ۹ من أبواب الربا.

المتجانسين متماثلا نسیئه، و المبسوط من أن الأحوط أن یکون یدا بید.

و فی الدروس «إنه أول کلامه، بإراده التحریم لأن المسأله إجماعیه،» قلت:

لأنه نفسه منع من بیع الثیاب بالثیاب و الحیوان بالحیوان نسیئه، فضلا عما نحن فیه، فمثله حینئذ لا یعد خلافا بعد الإجماع بقسمیه، و ظهور النصوص فی تحقق الربا بذلک، بل ستعرف القول بتحققه بذلک مع اختلاف الجنس، فضلا عن متحده.

و حیث یجوز بیع المتجانسین لا یشترط فی صحته التقابض قبل التفرق عندنا، کما عن التذکره لإطلاق الأدله السالم عن المعارض، ضروره عدم الربا بعد أن کانا حالین، و إن قبض أحدهما و بقی الأخر فالید بالید، إن کان فی الأدله یراد به نفی النسیئه، کما هو معلوم، إلا فی الصرف فیجب التقابض فیه حتی مع اختلاف الجنس، للأدله التی ستسمعها فی محلها، بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، إلا من ابن زهره فی الغنیه فأوجب التقابض قبل الافتراق فی بیع المتجانسین، و هو غریب، لم أجد من وافقه علیه.

و أغرب منه دعواه نفی الخلاف عنه فی الظاهر، و لو اختلف الجنسان فی الربویین جاز التماثل و التفاضل نقدا، بلا خلاف کما اعترف به بعضهم، بل الإجماع بقسمیه علیه، للإطلاق و

النبوی (۱)المجمع علیه کما فی السرائر «إذا اختلف الجنسان فبیعوا کیف شئتم»

و

قول أبی جعفر علیه السلام فی صحیح ابن مسلم (۲)«إذا اختلف الشیئان فلا بأس به مثلین بمثل یدا بید»

ک

قول الصادق علیه السلام (۳)فی موثق سماعه: «المختلف مثلان بمثل

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الربا الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الربا الحدیث- ۹.

یدا بید لا بأس به»

و

فی موثقه الآخر(۱)«سألته عن الطعام و التمر و الزبیب قال: لا یصلح منها اثنان بواحد إلا أن تصرفه إلی نوع آخر، فإذا صرفته فلا بأس به اثنین بواحد و أکثر من ذلک».

و

فی صحیح الحلبی أو حسنته عن الصادق علیه السلام (۲)«و یکره قفیز لوز بقفیزین و لکن صاع حنطه بصاعین من تمر أو بصاعین من زبیب»

و

سأله أیضا فی صحیحه الأخر(۳)«عن الزیت بالسمن اثنین بواحد قال یدا بید لا بأس به»

و

فی الموثق (۴)«کل شی ء یکال أو یوزن فلا یصلح مثلین بمثل إذا کان من جنس واحد»

و غیر ذلک من النصوص مفهوما و منطوقا بل إلیه یومئ نصوص الجواز فیما یعمل من جنسین المعلوم بناء الجواز فیها علی صرف کل إلی ما یخالفه کما هو واضح، هذا کله فی النقد.

و اما فی النسیئه فإن کان کل من العوضین من الأثمان فهو صرف لا تجوز فیه کما تعرفه فی محله، و إن کان أحدهما منها و الآخر من العروض فلا خلاف أجده فی جواز التماثل و التفاضل بل الإجماع بقسمیه علیه، إذ هو إما نسیئه أو سلم، و کل منهما مجمع علی جوازه، بل لعله من الضروریات المستغنی عن الاستناد إلی إطلاق الأدله و نحوه، و إن لم یکن کذلک بل کان عرضا بعرض ففیه تردد و خلاف فعن ابنی أبی عقیل و الجنید و المفید و سلار و ابن البراج عدم الجواز، و المشهور نقلا و تحصیلا بل لعل علیه عامه المتأخرین الجواز، و لا ریب فی أن الأحوط المنع و إن کان الأقوی خلافه، لإطلاق الأدله الذی یقصر معارضه عن

تقییده، سندا فی البعض، و دلاله فی الجمیع، إذ هو إما البأس فی المفهوم الذی هو أعم من الحرمه، کلفظ لا یصلح الذی ادعی ظهورها فی الکراهه، و لو للشهره، و التعبیر بلفظها فی مضمر علی ابن إبراهیم الطویل و غیر ذلک،

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الربا الحدیث ۵- مع اختلاف یسیر.

٢- ٢ الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ٣- مع اختلاف يسير.
٣- ٣ الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ٧- مع اختلاف يسير.
۴- ۴ الوسائل الباب ١۶ من أبواب الربا الحديث ٣.

و لذا صرح بها هنا غير واحد من الأصحاب، بل فى الغنيه الإجماع عليها، و هو دليل آخر على المطلوب، فالإستدلال- ب

صحيح الحلبى عن الصادق عليه السلام (۱)الذى رواه محمد بن سنان عنه أيضا «قال: ما كان من طعام مختلف أو متاع شى ء من الأشياء متفاضل، فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد، فإما نظره فلا يصلح».

و نحوه

خبر زياد بن ابى غياث (۲)إلا أنه قال: «فأما النسيئه فلا يصلح»

- لا يخفى عليك ما فيه خصوصا، بعد معلوميه ما دل على اعتبار اتحاد الجنس فى تحقق الربا إن أريد بعدم الجواز هنا للربا، كما هو الظاهر استبعادا لإراده التعبديه دون الربويه، و لأنه الظاهر مما ذكر دليلا لهم أيضا، و هو الحديث المشهور(۳)،

«إنما الربا فى النسيئه»

الممنوع اراده الشمول لما نحن فيه منه، الموهون بمتروكيه الحصر فيه، على ان من المعلوم عدم إراده مطلق الزياده من الربا فيه، بل المراد بالشرائط المعتبره، و من جملتها عند علمائنا كما فى المختلف اتحاد الجنس الذى صرحت به الصحيحه المتقدمه كل ذا، مع احتمال و روده كالنصوص السابقه مورد التقيه، لكون المنع مذهب العامه، كما يلوح من الغنيه، و يؤيده مصير الإسكافى، و قد ظهر لك من ذلك كله وجه ما ذكر المصنف من الاحتياط، و غيره من الكراهه، و لو من جهه الشبهه الناشئه من أدله المنع المزبور سيما مع صحه بعضها، و احتمال إراده الحرمه من نفى الصلاحيه، إما من حيث الصيغه كما ادعاه بعض الناس، أو من حيث غلبه التعبير به و بلفظ الكراهه عن الحرمه فى باب الربا مؤيدا ذلك بفتوى من عرفت.

لكن فى الرياض «أن المستفاد من النصوص المزبوره المنع فى خصوص الزياده العينيه، لا الحاصله بمجرد النسيئه و نحوها من الزيادات الحكميه، فالفتوى بانسحاب

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الربا الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الربا الحديث ۱۴.

۳- ۳ كنوز الحقائق فى هامش جامع الصغير ص ۷۵ الطبع عبد الحميد احمد.

المنع فيها لا- وجه له مطلقا، حرمه كان أو كراهه، إلا أن المصير إلى الأخير بناء على المسامحه غير بعيد؛» قلت: لعل الوجه فى المنع ما عرفت من دعوى أن ذلك من الربا الذى يتحقق بكل من الزيادتين، فلاحظ و تأمل. و الأمر سهل؛ بعد ما سمعت من صفته على كل حال و اللّه اعلم.

و الحنطه و الشعير جنس واحد فى حكم الربا على الأظهر الأشهر بل المشهور نقلا- و تحصيلا شهره عظيمه، خصوصا بين المتأخرين، بل عليه عامتهم، عدا ابن إدريس بل كادت تكون إجماعا، بل هى كذلك فى الغنيه، و محكى خلاف الشيخ لا لتناول اسم الطعام لهما إذ قد عرفت أنه غير مجد بعد الاختلاف فى الاسم الخاص الظاهر فى اختلاف الحقيقه لا اختلاف صنف؛ بل للنصوص المستفيضه التى كادت تكون متواتره ك

قول الصادق عليه السلام فى صحيح ابى بصير(۱)الذى رواه المشايخ الثلاثه «الحنطه و الشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الأخر»

و

فى صحيح الحلبى أو حسنه (۲)المروى فى الكافى و التهذيب «لا يباع مختومان من الشعير، بمختوم من الحنطه و لا يباع، إلا مثلا بمثل و الثمره أيضا مثل ذلك، قال: و سئل عن الرجل يشترى الحنطه و لا يجد عند صاحبها إلا شعيرا، أ يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد؟ قال: لا إنما أصلهما واحد»

و زاد

فى الكافى «و كان على عليه السلام يعد الشعير بالحنطه»

أى و يعدهما واحدا و

قال سماعه فى الموثق (۳)«سألته عن الحنطه و الشعير فقال: إذا كانا سواء فلا بأس»

و

قال البصرى (۴)قلت: لأبى عبد اللّه عليه السلام «أ يجوز قفيز من الحنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلا بمثل، ثم قال: إن الشعير من الحنطه»

و

قال الباقر عليه السلام فى صحيح زراره و محمد(۵)«الحنطه بالدقيق مثلا بمثل، و السويق مثلا بمثل، و الشعير بالحنطه مثلا بمثل لا بأس به،»

و

فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸ من أبواب الربا الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸ من أبواب الربا الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۸ من أبواب الربا الحديث ۶.

۴- ۴ الوسائل الباب ۸ من أبواب الربا الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب ۹ من أبواب الربا الحديث ۲.

خبر محمد بن قیس (۱)«أن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: لا تبع الحنطه بالشعیر إلا یدا بید، و لا تبع قفیز من حنطه بقفیزین من شعیر»

ک

قول الصادق علیه السلام فی مرسل صفوان (۲)«الحنطه و الشعیر لا بأس به رأسا برأس»

و

سأله أبو بصیر(۳)«عن الحنطه بالشعیر و الحنطه بالدقیق؟

قال: إذا کان سواء فلا بأس؛ و إلا فلا»

و

قال هشام بن سالم فی الصحیح (۴)«سئل الصادق علیه السلام عن الرجل یبیع الرجل الطعام الأکرار فلا یکون عنده ما یتم له ما باعه، فیقول له: خذ منی مکان کل قفیز قفیزین من شعیر حتی تستوفی ما نقص من الکیل، قال: لا یصلح لأن أصل الشعیر من الحنطه، و لکن یرد علیه من الدراهم بحساب ما نقص من الکیل»

إلی غیر ذلک من النصوص، و کأنه أشار علیه السلم بالأصاله المزبوره إلی

ما رواه الصدوق (۵)بإسناده «أن علی بن أبی طالب علیه السلام سئل مما خلق اللّه الشعیر، فقال: إن اللّه تبارک و تعالی أمر آدم أن ازرع مما اخترت لنفسک و جائه جبرئیل علیه السلام بقبضه من الحنطه فقبض آدم علیه السلام علی قبضته و قبضت حوا علی أخری، فقال آدم لحواء: لا تزرعی أنت فلم تقبل أمر آدم فکلما زرع آدم جاء حنطه، و کلما زرعت حوا جاء شعیرا».

و من الغریب بعد ذلک کله اختیار ابن إدریس العدم، و أغرب منه دعواه أنه لا خلاف بین المسلمین، العامه و الخاصه، و لا بین أهل اللغه و اللسان فی أنهما جنسان، و أنه لم یذهب إلی الاتحاد غیر شیخنا أبی جعفر و

المفید و من قلده فی مقالته، و تبعه فی تصنیفه، و إلا فجل أصحابنا المتقدمین و رؤساء مشایخنا المصنفین الماضین، لم یتعرضوا لذلک، بل أفتوا بأنه إذا اختلف الجنس فلا بأس ببیع الواحد بالاثنین، مثل شیخنا ابن بابویه، و السید المرتضی، و علی ابن بابویه و غیرهم؛ بل أبو علی بن الجنید من کبار فقهاء أصحابنا

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب الربا الحدیث ۸.

۲- ۲ الوسائل الباب ۸ من أبواب الربا الحدیث ۳.

۳- ۳ ذكر صدره الوسائل فى الباب ۸ من أبواب الربا الحديث ۳ و ذيله فى الباب ۹ الحديث ۶.

۴- ۴ الوسائل الباب ۸ من أبواب الربا الحديث ۱.

۵- ۵ المستدرك ج ۲ ص ۴۸۱.

ذکر المسأله و حققها و أوضحها فی کتابه الأحمدی، و قال لا بأس بالتفاضل بین الحنطه و الشعیر لأنهما جنسان مختلفان.

و کذلک ابن أبی عقیل من کبار مصنفی أصحابنا قال: «و إذا اختلف الجنسان فلا بأس ببیع الواحد بأکثر منه و قد قیل: لا یجوز بیع الحنطه و الشعیر إلاـ مثلا بمثل سواء، لأنهما من جنس واحد، و بـذلک جاءت بعض الأخبار، و القول و العمل علی الأول، و أطنب فی المقال، و کان فیما قال: إن أخبار الآحاد لا توجب علما و لا عملا و استدل أیضا ب

قوله علیه السلام (۱)«إذا اختلف الجنسان فبیعوا کیف شئتم»

قال: و قد اختلف الجنس فی الحنطه و الشعیر صوره، و شکلا، و لونا، و طعما، و نطقا، و إدراکا، و حسا، و نحو ذلک مما هو غیر خفی علی أصاغر الطلبه، فضلا عن أجلاء الأصحاب» و مع ذلک فیه أولا أنه مبنی علی أصل فاسد کما حرر فی الأصول، بل أساء الأدب معه فی الحدائق هنا، فقال الواجب علیه مع رده هـذه الأخبار و نحوها من أخبار الشریعه هو الخروج من هـذا الدین إلی دین آخر، و ثانیا منع کونها آحادا بل هی إن لم تکن متواتره، فمضمونها بسبب اعتضاد بعضها ببعض، و العمل بها و الإجماع و نحو ذلک قطعی، و ثالثا إن خلاف القد یمین، لا یقدح فی سبق الإجماع و لا فی لحوقه و ابن بابویه قد روی نصوص الاتحاد و ظاهره العمل بها.

و من الغریب أن الفاضل فی التحریر قد اغتر بنقله، فقال: «قال الشیخ: الحنطه و الشعیر جنس واحد و قال ابن ابی عقیل و باقی علمائنا: أنهما جنسان» إذ لم نعرف من عنی بالباقی غیر ابنی الجنید و إدریس، و قد ظهر لک بحمد اللّه سقوط القول بالاختلاف المقتضی لجواز التفاضل فیهما و

الخبر العامی (۲)«بیعوا الذهب بالورق و الورق بالذهب و البر بالشعیر و الشعیر بالبر کیف شئتم یدا بید»

لا ینبغی التعویل علیه خصوصا بعد ما قیل من القصور فی دلالته أیضا، نعم صرح غیر واحد من الأصحاب باختصاص ذلک فی باب الربا و إلا ففی الزکاه و

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

۲- ۲ سنن بیهقی ج ۵ ص ۲۸۲.

غيرها جنسان، و لذا لم يكمل نصاب أحدهما بالآخر، و قاعده اشتراط اتحاد الجنس فى الربا تخص بالأدله المزبوره، قلت: قد يقال: إن النصوص إنما دلت على أن الشعير من الحنطه لا أنهما الآن حقيقه واحده، لكن الربا يكفى فيه اتحاد الحقيقه فيه سابقا، كما يومى اليه التعليل فى النصوص المزبوره، و إن اختلفت لا حقا؛ و لذا الحقوا كل فرع بأصله فى ذلك، بخلاف الزكاه فإنه لا دليل على ذلك فيها، فيبقى اقتضاء اختلاف الحقيقه اللاحق بحاله فيها، بخلافه فى الربا، بل لا تخصيص بقاعده اشتراط الاتحاد، ضروره حصوله سابقا و ليس المراد منه الاتحاد فى سائر الأحوال.

فالنصوص حينئذ إنما كشفت عن الاتحاد السابق؛ و ليس هو مما يستبعد إثبات مثله بها، و لا ينبغى معارضتها بمعلوميه الاختلاف بين العامه و الخاصه فى الصوره و الطعم و غيرهما، إذ ليس فى شى ء منها منافاه لذلك، فتأمل جيدا و اللّه أعلم. و العلس و السلت على القول بأنهما من أفراد الحنطه و الشعير فدخولهما فيها ظاهر، و إن اختصا باسم آخر، و إلا فمقتضى الاسم عدم الإلحاق.

و ثمره النخل جنس واحد و ان اختلفت أنواعه و كان رديا بلا خلاف أجده فيه، فلا يجوز التفاضل بين ردى الدقل و جيد البرنى مثلا، و قد سمعت إطلاق كون الثمره، كالشعير و الحنطه، فى صحيح الحلبى (١)كإطلاق

موثق سماعه(٢)«لا يصلح شى ء من الطعام و التمر و الزبيب اثنان بواحد، إلا أن تصرفه إلى نوع آخر»

إلى آخره، بل فى التذكره أن الطلع كالثمره و إن اختلفت أصولها، و طلع الفحل كطلع الإناث و إن كان لا يخلو من تأمل إن لم ينعقد إجماع عليه، و لعل إدراجه فى قاعده لحقوق الفرع بالأصل أولى.

١- ١ الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث- ۵.

و علی کل حال لا ینافی ما ذکرنا ما

فی خبر ابن سنان (۱)«سـمعت أبا عبد اللَّه علیه السـلام یقول: کان أمیر المؤمنین علیه السلام یکره أن یستبدل وسقا من تمر خیبر بوسقین من تمر المدینه، لأن تمر المدینه أدونهما»

و مثله خبر ابن مسکان (۲)لکن بدون تعلیل، إذا الظاهر إراده الحرمه من الکراهه هنا، خصوصا بعد

خبر سیف التمار،(۳)قال: «قلت: لأبی بصـیر أحب أن تسأل أبا عبد اللَّه علیه السـلام عن رجل استبدل قوصرتین فیهما بسر مطبوخ بقوصره فیها تمر مشقق قال: فسأله أبو بصیر عن ذلک فقال: هذا مکروه، فقال:

أبو بصیر و لم یکره، فقال: کان علی بن ابی طالب علیه السلام یکره ان یستبدل وسقا من تمر المدینه بوسقین من تمر خیبر، و لم یکن علی علیه السلام یکره الحلال»

و

فی الکافی قبل قوله و لم یکن «لان تمر المدینه أدونهما»

و الصواب أجودها مکان أدونهما، کما

فی خـبر محمـد بن قیس (۴)سمعت أبـا جعفر علیه السـلام «یکره وسـقا من تمر المـدینه بوسـقین من تمر خیبر، لأن تمر المـدینه أجودهما»

الحدیث أو مبادله کل من المدینه و خیبر بالآخر، کما سمعته فی خبری ابن سنان و مسکان و اللَّه أعلم.

و کیف کان فقد ظهر أن ثمره النخل بجمیع أفرادها جنس واحد و کذا ثمره الکرم علی اختلافها فی الشکل و الطعم و غیرهما.

و

فی موثق سماعه(۵)«سئل أبو عبد اللَّه علیه السلام عن العنب بالزبیب؟ فقال: لا یصلح إلا مثلا بمثل»

مع أنه لا ـ خلاف أجـده أیضا فیه، و فی القاعـده المعروفه بین الأصـحاب قـدیما و حـدیثا و هی أن کل ما یعمل من جنس واحد یحرم التفاضل فیه و إن اختص هو باسم کالحنطه بدقیقها، و الشعیر بسویقه، و الدبس المعمول من التمر بالتمر،

و کذا ما یعمل من العنب بالعنب إلحاقا للفرع بأصله فی حکم الربا، للمعتبره المستفیضه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الربا الحدیث ۲.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب الربا الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب الربا الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب الربا الحديث ٤.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب الربا الحديث- ٣.

التی منها

صحیح زراره(۱)و محمد(۲)«المتضمن لنفی البأس عن الحنطه بالدقیق إذا کانا مثلا بمثل»

ک

صحیحه الأخر(۳)عن الباقر علیه السلام أیضا «الدقیق بالحنطه، و السویق بالدقیق مثلا بمثل لا بأس به».

و

موثق سماعه(۴)«سألته عن الحنطه و الدقیق؟ فقال: إذا کانا سواء فلا بأس»

و

قال أبو الربیع للصادق علیه السلام (۵) : «ما تری فی التمر و البسر الأحمر مثلا بمثل؟ قال:

لا بأس. قلت: فالبختج و العصیر مثلا بمثل؟ قال: لا بأس»

و فی الوافی البختج: العصیر المطبوخ معرب می پخته» و

سأل محمد بن مسلم(۶)أبا جعفر علیه السلام «عن الرجل یدفع إلی الطحان الطعام، فیقاطعه علی أن یعطی صاحبه لکل عشره أرطال اثنی عشر رطلا دقیقا، فقال: لا قلت: الرجل یدفع السمسم إلی العصار و یضمن لکل صاع أرطالا مسماه؟

فقال: لا»

و

سأله أیضا فی صحیحه الآخر(۷)«عن البر بالسویق؟ فقال: مثلا بمثل لا بأس به. قلت: إنه یکون له ریع، «أی نماء» أو یکون فیه فضل فقال: أ لیس له مؤنه؟ قلت:

بلی قال: هذا بهذا، و قال: إذا اختلف الشیئان فلا بأس مثلین بمثل»

إلی غیر ذلک من النصوص المتمم دلالتها بعدم القول بالفصل بین مواردها و بین غیرها مضافا إلی التعلیل السابق فی نصوص الحنطه و الشعیر الظاهر فی التعدیه إلی کل فرع بالنسبه إلی أصله کما حقق فی الأصول، بل

فی مرسل علی بن إبراهیم (۸)المضمر «و ما کیل أو وزن مما أصله واحد،

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الربا الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الربا الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الربا الحديث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ۶.

۵- ۵ الوسائل الباب ١۴ من أبواب الربا الحديث ۵.

۶- ۶ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الربا الحديث ٣.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الربا الحديث ١.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الربا الحديث ١٢.

فليس لبعضه فضل على بعض، كيلا بكيل، أو وزنا بوزن، فإذا اختلف أصل ما يكال، فلا بأس به

اثنان بواحد يدا بيد؛ و يكره نسيئه» إلى أن قال: «و ما كان أصله واحد أو كان يكال أو يوزن فخرج منه شى ء لا يكال و لا يوزن، فلا بأس به يدا بيد، و يكره نسيئه، و ذلک كالقطن و الكتان، فأصله يوزن، و غزله يوزن، و ثيابه لا توزن، فليس للقطن فضل على الغزل، و أصله واحد فلا يصلح إلا مثلا بمثل، فإذا صنع منه الثياب صلح يدا بيد، و الثياب لا بأس الثوبان بالثوب»

و لا يقدح إرساله و إضماره بعد الانجبار بالشهره العظيمه، بل قيل إنها إجماع.

و فى التذكره «الأصل مع كل فرع له واحد، و كذا فروع كل أصل واحد، و ذلک كاللبن الحليب مع الزبد، و السمن و المخيض و اللبأ و المصل و الأقط و الجبن و الترحين و الكشک و الكامخ و السمسم مع الشيرج و الكسب و الراشى، و بزر الكتان مع حبه، و الحنطه مع الدقيق، و الخبز على اختلاف أصنافه من الرقاق و الفرن و غيرهما، و مع الهريسه، و الشعير مع السويق، و التمر مع السيلان و الدبس و الخل منه و العصير منه، و العنب مع دبسه و خله، و العسل مع خله، و الزيت مع الزيتون، و غير ذلک عند علمائنا أجمع، فلا يجوز التفاضل بين اللبن و الزبد، و السمن و المخيض: و اللبأ و اللاقط، و غير ذلک مما تقدم، بل يجب التماثل نقدا، و لا يجوز نسيئه لا متماثلا و لا متفاضلا، و لا فرق فى ذلک بين الأصل مع فرعه، أو بعض فرعه مع البعض» إلى آخره مؤيدا ذلک كله بعدم العثور على خلاف فى شى ء من القاعده المزبوره و فروعها، إلا ما عن الأردبيلى من التأمل فى ذلک، و أنه غير منضبط على القوانين من حيث عدم صدق الاسم الخاص على الجميع، و عدم الاتحاد فى الحقيقه.

و لهذا لو حلف أن لا يأكل أحدهما لم يحنث بأكل الأخر: فيحتمل كونهما جنسين يجوز التفاضل فيهما، و الشرط فى النصوص للكراهه مع عدمه، كما مر فى سائر المختلفات

قال: «و يمكن أن يكون الضابط أحد أمرين؛ إما الاتفاق فى الحقيقه أو الاتحاد فى الاسم، و هنا الأول متحقق و إن لم يتحقق الثانى، و فيه تأمل».

قلت: كان وجه التأمل عدم تماميه ذلك أيضا ضروره أنه قد يتخلف الاسم و الحقيقه، كالتمر و الخل و الزبد و المخيض كما اعترف هو به فى أول كلامه، و رده بعض الأفاضل، بأن مرجع المناقشه المزبوره إلى الشك فى المراد من الجنس المشترط اتحاده فى الربا بين الربويين، هل هو الحقيقه الأصليه خاصه و إن اختلفت أسماء أفرادها، أو أنه لا بد من الاتحاد فى الاسم، بناء على دوران الأحكام مدارها فى جمله من المواضع بالضروره، و لا وجه له بعد إمعان النظر فيما قدمناه من الأدله الداله على إراده المعنى الأول بلا شبهه، و تكون هى المستثنيه للمسأله من قاعده دوران الأحكام مدار التسميه كما سلمه هو فى مسأله الحنطه و الشعير للنصوص الجاريه هنا بمقتضى العله المنصوصه، و لذا إن الحلى المصر على إراده المعنى الثانى فى مسأله الحنطه و الشعير وافق الأصحاب فى المسأله، مدعيا فى جمله من مواردها إجماع الطائفه.

و بذلك يظهر لك الفرق بين المقام و بين ما ذكره فانا لا ننكر دوران الأحكام مدار الأسماء فى غير ما نحن فيه، كما هو واضح، و هو جيد لو كانت المناقشه من حيث اختلاف الإسلام خاصه، و إلا فحقيقه الأصل و الفرع متحده.

اما إذا كانت فى مختلف الحقيقه من الفرع مع الأصل الذى هو فرد من إطلاق القاعده المزبوره، و من مقتضيات العله فى نصوص الحنطه و الشعير، فمن الواضح عدم توجه بعض ما فى الرد عليها من هذه الحيثيه، ضروره إمكان منع دلاله النصوص و غيرها على نحو ذلك أولا، و منع تسليمه ثانيا، لمعارضته بما دل «على البيع كيف شئتم مع اختلاف الجنس،» و إن كان من وجه، و بما دل على اعتبار اتحاد الجنس فى تحقق الربا، و باستلزامه حصول الربا فى المستحيل إلى حقيقه أخرى لو بيع بأصله، كالتمر المستحيل إلى الملح مثلا و التزامه فى غايه الصعوبه، لعدم الدليل الصالح لإثباته عدا إطلاق معقد الإجماع على

القاعده المعارض، بإطلاق معقد جواز البيع، مع اختلاف الجنس كيف شاء، و عدا منصوص العله فی نصوص (۱)الحنطه و الشعير الذی لا جابر له فی الفرض، لقله من استند فی هذه القاعده إليه، بل قد يقال: أنه من الحكمه لا من

العله خصوصا مع ملاحظه خبر(۲)زرع حوا، و ستسمع التصريح فی الحواشی المنسوبه إلی الشهيد بجواز بيع اللبن باللحم لاختلاف الماهيه، بل كثير من أفراد ذلك غير محتاج إلی التصريح هذا.

لكن الإنصاف أنه لا مناص عن التزامه، أو القول به فی المستحيل إلی حقيقه أخری هی فرع لذلك الأصل، كالشعير بالنسبه إلی الحنطه، لا إذا لم تكن و استحال إليها فرد من ذلك الجنس، كالمثال المزبور أو القول بتنزيل إطلاقهم علی الفرع الذی لم ينتقل إلی حقيقه أخری، و إن تغير الاسم كالدقيق بالنسبه إلی الحنطه و نحوه، لكن ينافی ذلك بعض أمثلتهم للقاعده، منها ما سمعته من معقد إجماع التذكره الشامل لبيع الفرع بالفرع أيضا و إن اختلفا فی الحقيقه بعد اتفاقهما فی الأصل، و من هنا كانت المسأله من المشكلات و محتاجه إلی التأمل التام، و قد تقدم لنا سابقا بعض الكلام فی ذلك فلاحظ و تأمل.

بل قد يناقش فيها من جهه أخری و هی أن الفرع إن كان بسبب العمل و مخالطه غير الربوی له كالخل الذی يتخذ من التمر و الماء الذی هو من أمثله القاعده المزبوره، قد يمنع لحوقه بالربوی من جزئی أصله، ضروره كونه ترجيحا من غير مرجح بعد فرض عدم كون الجزء الآخر من المستهلكات، فإطلاق أدله البيع و غيره يقتضی جواز التفاضل فيه لو بيع بالتمر مثلا، اللهم الا أن يدعی أن الماء

صار من اجزاء التمر كالمعتصر منه، لكنه كما تری.

و فی التذكره فی المقام «أن مخالطه الملح و الماء و الأنفحه و بعض الأجزاء اليسيره لا توجب اختلافا. لأنها أجزاء يسيره لا اعتبار بها، فإن كانت كثيره توجب اختلافا جاء

۱- ۱ الوسائل الباب ۸ من أبواب الربا.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۱.

حكم المختلفين» فتأمل جيدا، فإنه يمكن القول باعتبار ما كان فرعا لأصل نحو الحنطه و الدقيق، و الشعير و السويق، و نحو الدهن من السمسم مما سمعته فى النصوص المزبوره، لا كل فرع لكل أصل و إن كان بعيد الا يعرفه إلا خواص الناس، نحو طلع الفحل، و نحو اتخاذ القند من الشوندر، و غير ذلک مما يستخرج من بعض الأجسام على وجه لا يدركه إلا أو حدى الناس لا أقل من الشک و الأصل الجواز، بناء على ما سمعت، و إجماع التذكره لا وثوق به فى ذلک و شبهه.

و أما المناقشه فيها بما حكاه فى الرياض عن الفاضل المزبور أيضا، منها- أنه لا شک فى أن الحنطه إذا جعلت دقيقا تزيد كما هو ظاهر، و دلت عليه صحيحه محمد بن مسلم (۱)المتقدمه، و انطباق الوجه المذكور فيها على قواعدهم يحتاج إلى التأمل، فلا ينبغى صحه بيع أحدهما بالآخر متساويا أيضا للزياده كما فى اليابس من جنس بآخر رطبا مثل الرطب بالتمر، و العنب بالزبيب، فكيف لا ينبغى النظر إلى مثل

هذه الزياده فى وقت آخر بتبديل و تغيير، مع أنه معتبر عندهم فى الرطب و التمر؛ فقد أجاب عنها فى الرياض باغتفار هذه الزياده اتفاقا فتوى و روايه.

و لعل الوجه فيه ما أشير إليه و إلى الإشكال الذى ذكره فى الصحيحه المشار إليها فى كلامه، و حاصلها أن اغتفار الزياده إنما هو لأجل الطحن، و ليس بيع الرطب بالتمر اليابس على تقدير المنع عنه مثله بالبديهه، إذ لا مئونه فى يبس التمر و هو فرق واضح لا يشوبه شوب المناقشه.

قلت لا إشكال فى منع الزياده سواء كان فى مقابلها عمل له مئونه أولا؛ كما صرحوا به فى بيع الخاتم بالفضه و غيره، كما أن الظاهر عدم الفرق بين الزياده الحسيه و الحكميه، و الفعليه و التقديريه، بناء على العمل بالعله المستفاده من

قوله عليه السلام «أ ينقص إذا جف»(۲)

كما ستعرف، الكلام فيه مفصلا إنشاء اللّه، فلا يبعد حينئذ أن يكون وقوع التعليل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحديث ۱- ۳.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۲۸۰.

فی الصحیح إقناعیا لرفع استبعاد المخالفین، و إلا فمثل هذه الزیاده غیر قادحه، للنص و الإجماع هذا. و فی الوافی فی بیان وجه هذه الزیاده: «لعل مراد السائل أن البر له ریع، فیه فضل لأنه یزید إذا خبز، بخلاف السویق» انتهی و قد یکون المراد أنه إذا بیع أحدهما

بالآخر کیلا، لأنهما من المکیلات، فإن الحنطه تکون أثقل و السویق أخف، فیحصل الریع و الزیاده فی الحنطه، بل لو بیعا بالوزن یحصل التفاوت فی الکیل، و ستعرف البحث فی ذلک، و أنه هل المعتبر التساوی فیهما، أو یکفی فیه أحدهما و إن تفاوتا فی الأخر و کیف کان فلا مجال لهذه المناقشه بعد النصوص و الفتاوی و معاقد الإجماعات کما هو واضح و اللّه اعلم.

و ما یعمل من جنسین یجوز بیعه بغیرهما و بهما مع التفاضل و عدمه و بکل واحد منهما لکن بشرط أن یکون فی الثمن زیاده عن مجانسه بحیث تصلح لمقابله الأخر مع الانفراد کما فی المسالک، أو و لو مع الانضمام کما یقتضیه إطلاق غیره، و الأول أحوط، و إن کان الثانی لا یخلو من قوه.

و علی کل حال فلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک نصا و فتوی بل الإجماع بقسمیه علیه، کما ستعرف ذلک کله و غیره فی «المسأله السادسه» إذ هی مع ما نحن فیه من واد واحد کما اعترف به فی المسالک ضروره عدم الفرق بین المعمول من جنسین و بین بیع الجنسین صفقه من غیر عمل یقتضی ترکیبهما فی ذلک نعم عن السید العمید أن کل مرکب من شیئین أو أشیاء کالزلابیه و الأشربه إذا لم یمکن انفصال أجزائه بعضها عن بعض، فهو کالشی ء الواحد، لا یجوز التفاضل فیه و هو غریب، إذا فرض عدم الخروج بالترکیب إلی حقیقه أخری خارجه عن الجنسین، بل و إن کان کذلک، بناء علی الاحتمال الذی ذکرناه سابقا فی مسئله لحوق الفرع بالأصل، إذ الظاهر علیه هنا لحوقه بأصلهما، فلا یجوز بیعه بجنس أحدهما، مع عدم الزیاده المقابله، و یجوز معها و بهما معا مطلقا، و منه المرکب مثله، فتأمل جیدا، فإنه یمکن المنع من اللحوق هنا و إن قلنا به بالنسبه إلی جریان الربا، إلا أن الغرض منه التخلص من الربا،

و حینئذ فلا یجوز بیعه بمثله متفاضلا.

و علی کل حال فلا یعتبر معرفه مقدار کل من الجنسین فی صحه البیع اکتفاء بمعرفه المجموع حتی فی صوره البیع بجنس أحدهما، إذ یمکن فرض العلم بزیاده الثمن عما قابله من جنسه، و إن لم یعلم خصوص المقدار من ذی الجنسین بان یعلم مثلا ان المجانس لا یبلغ النصف، فیبیعه بقدر ثلثی المجموع مثلا، کما هو واضح. و اللّٰه أعلم.

و اللحوم مختلفه فی الجنس بحسب اختلاف أسماء الحیوان بلا خلاف بل فی التذکره الإجماع علیه، و الاشتراک فی اسم اللحم لا یقتضی الاتحاد، کالاشتراک فی اسم الحیوان.

نعم لحم البقر و الجاموس جنس واحد إجماعا فی المحکی عن الغنیه و التذکره مؤیدا بما تقدم لهم فی باب الزکاه و لدخولهما تحت لفظ البقر لغه فالاختلاف حینئذ فی العرف اختلاف أفراد لا حقیقه، و إن اختص کل منهما باسم فیه، فتوقف فاضل الریاض فیه لذلک قال «و إن تجانسا لغه کما حکی فی غیر محله، بل لا وجه لما فرضه من اتحاد الجنس فی اللغه و اختلافه فی العرف» و لحم الضأن و المعز جنس واحد. بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع فی محکی الکتابین علیه، لدخولهما تحت لفظ الغنم الظاهر فی أنه اسم للنوع الذی لا یقدح فی اتحاد الحقیقه فیه مثل هذا الاختلاف کالإنسان، بل فی حواشی الشهید «اللحم و الکبد و القلب و الکرش کله واحد» و فیها أیضا «یجوز بیع اللبن باللحم، و اللحم بالبیض لاختلاف المهیه، بخلاف الدبس بالخل للاختلاف بالصفه لا غیر و اللحم و الشحم مختلفان، أما الألیه و الشحم، فالظاهر اتحادهما کما فی الدروس».

و لحم الإبل عرابها و بخاتیها جنس واحد بلا خلاف أیضا، و الإجماع فی محکی الکتابین علیه، لنحو ما عرفت، و البخاتی: بفتح الباء و تشدید الیاء المثناه من تحت جمع بختی- بضم الباء و تشدید الیاء أیضا: الإبل الخراسانیه قال الشاعر: «لبن البخت فی

قصـاع الخليـج» و يخفف و يثقـل، و ربمـا قيـل انه معرب، و الطيور أجناس مختلفه لغه و عرفا، لاختصاص كل منهما باسم، و إن جمع الجميع اسم الطير بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك.

نعم فى خصوص الحمـام منه خلاف فقيل إنه جنس واحـد كما هو خيره الفاضل فى التـذكره و غيرها، و الشـهيد فى الـدروس و المحقق الثـانى فى جـامعه، للاـشتراك فى الاـسم، و لأـنه أقرب إلى الاحتياط و قيل و هو الـذى يقوى عنـد المصـنف أن كل ما يختص بـاسم منه، فهو جنس على انفراده كالفخـاتى و الورشـان و هو ظـاهر التحرير أو صـريحه، و منشأ الخلاـف الشك فى أن مقوليه الحمام على ما تحته مقوليه النوع على الأصناف، أو الجنس على الأنواع، فعلى الأول يحرم بيع بعضها ببعض مطلقا، و على الثانى يختص كل نوع بحكمه، و لما كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عزيز جدا، و لم يكن من جهه الشـرع قاطع بشى ء حصل الخلاـف، لكنـك خبير أن الإطلاقات تقتضـى الجواز مع الشك، مضافا إلى عـدم مساعـده العرف بصـدق الحمام على كثير مما ذكر أنه فرد له، إذ المعروف عند معظم الفقهاء كما قيل أن الحمام كل طائر يعب الماء أو يهدر، فيدخل فيه القمارى و الدباسـى و الفواخت، سواء كـانت مطوقه أو لا، ألفه أو وحشيه، بل عن الكركى أنه عرف عنـد أهل اللغه أيضا، لكن فيه أن المحكى عن أكثر كتب اللغه كالصـحاح و فقه اللغه و شـمس العلوم و السـامى و غيرهـا أنه كـل مطوق، و حكـاه الأزهرى عن أبى عبيـده عن الأصمعى.

و عن مصـباح المنير: الحمـام عنـد العرب كـل ذى طوق من الفواخت و القمـارى و ساق حرا و القطار و الـدواجن و الوراشـين و أشباه ذلـك إلى أن قـال: و العـامه تخص الحمـام بالـدواجن، و كـان الكسـائى يقول الحمـام هو البرى و اليمام هو الـذى يألف البيوت، و الظاهر أن التفاوت بينهما قليل أو منتف.

و على كل حال فالعرف لا يوافق شيئا مما سمعته عند أهل اللغه فلا ريب حينئذ فى أن

الأحوط الاتحاد خصوصا بعد

قوله صلى اللّٰه عليه و آله (۱)«ما اجتمع الحلال و الحرام إلا غلب الحرام الحلال»

بناء على شموله لمثل المقام و إن كان الذى يقوى التعدد بتعدد الأسماء، و اللّٰه أعلم، بل ظاهر قول المصنف و كذا السموك أنه أيضا أجناس متعدده بتعدد اسم كل واحد، بل هو صريح التحرير، و لكن يظهر من بعض مشايخنا أن المعروف كونه جنسا واحدا، لشمول الاسم للجميع، و الاختلاف بالعوارض لا يوجب الاختلاف بالحقيقه، و يمكن إراده ذلك من الإشاره فى المتن و هو لا يخلو من قوه، لكن لا ريب فى أنه جنس مخالف لغيره من اللحم، كما أن الجراد جنس مخالف لسائر اللحوم البريه و البحريه.

و على كل حال ففى المسالك «الطير إنما يتصور الربا فيه إذا بيع لحمه وزنا، أما لو بيع جزافا فلا، و لو بيع عددا كما هو الغالب ففى ثبوت الربا فيه خلاف يأتى، و الأقوى عدمه» قلت: ستعرف أنه لا يكفى فى الربا أيضا مطلق البيع وزنا و إن كان المتعارف فى الزمن السابق بيعه جزافا و كيف كان ف الوحشى من كل جنس مخالف لأهليه كما نص عليه؛ بل عن الغنيه و جامع المقاصد و ظاهر التذكره و غيرهما الإجماع عليه، بل عن موضع آخر من التذكره ما هو كالصريح فى ذلك، و لولا هذا الاتفاق لأمكن المناقشه فى ذلك كما اعترف به فى الرياض هذا و عن الخلاف و المبسوط أن ليس فى الإبل وحشى.

و الألبان تتبع اللحمان فى التجانس و الاختلاف بلا خلاف أجده فيه، بل فى التذكره الإجماع

عليه، فلبن الإبل جنس و لبن البقر جنس آخر كذى اللبن و قد يحتمل اتحاد الجنس فى بعضها، و إن اختلف اللحمان، بل عن بعض العامه أنها جميعا جنس واحد. و اللّٰه أعلم.

هذا و قد عرفت سابقا أنه لا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن و بينه كزبد البقر مثلا، بحليبه و مخيضه و أقطه لأنه فرعه بل لا يجوز التفاضل فى الفروع نفسها

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحديث.

فضلا عن الفرع و أصله فلاحظ و تأمل. و الأدهان تتبع ما تستخرج منه، فدهن السمسم جنس، و كذا ما يضاف إليه كدهن البنفسج و النيلوفر لأن إضافته إليه لا تخرجه عن أفراد أنواع الدهن، فإنه ليس مركبا منه و مما يضاف إليه بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مده خاصه ثم ينزع منه و دهن البزر جنس آخر كدهن اللوز و دهن الجوز و غيرها من الأدهان كما هو واضح، ضروره أن الاشتراك فی الدهنيه لا يقتضی الاتحاد فی الحقيقه المعلوم اختلافها و كذا الخلول فإنها تتبع ما يعمل منه فخل العنب مخالف لخل الدبس و إن اشتركا معا فی الخليه و يجوز التفاضل بينهما نقدا كغيرها من المختلف و أما فی النسيئه ففيه تردد و خلاف تقدم تحقيق الحال فيه سابقا إذا المقام فرد من افراد مختلف الجنس و اللّٰه أعلم.

[الأمر الثانی اعتبار الكيل و الوزن]

اشاره

الثانی من الأمور اعتبار الكيل و الوزن ف (۱۱) إذا كان المبيع و الثمن كذلك مع اتحاد الجنس حرم الربا فيهما إجماعا بقسميه، و سنه و كتابا، بل كاد يكون ضروريا، إنما الكلام فی اشتراط ذلك فيه و قد عرفت سابقا اشتراط الجنسيه، أما التقدير بهما على معنى أنه لا ربا إلا فی مكيل أو موزون (۱۲) فهو المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل عن الخلاف و مجمع البيان و التذكره و ظاهر الغنيه و السرائر الإجماع على عدم الربا فی المقدر بالعدد؛ و إن كنت لم أتحققه فيما حضرنی منها، إلا أن الأصل و العمومات كافيه فی الجواز.

مضافا إلى النصوص المستفيضه إن لم تكن متواتره

كالصحيح (۱)المروی فی الكتب الثلاثه «لا بأس بمعاوضه المتاع ما لم يكن كيلا أو وزنا»

و

الخبر(۲)المنجبر بما سمعت «أن ما عد عدا و لم يكل و لم يوزن فلا بأس به، اثنان بواحد يدا بيد، و يكره نسيئه»

و

موثق منصور بن حازم (۳)سال الصادق عليه السلام «عن البيضه بالبيضتين؟ قال: لا بأس، و الثوب بالثوبين؟

قال لا بأس و الفرس بالفرسين؟ قال: لا بأس به، ثم قال: كل شی ء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الربا الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب الربا الحديث- ۲.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١۶- من أبواب الربا الحديث- ٣.

إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد»

و

خبره الأخر(۱)«سألته عن الشاه بالشاتين، و البيضه بالبيضتين؟ قال: لا بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا»

و كذا(۲)سأله داود بن الحصين فأجابه بذلك أيضا.

و الخبر الذى قيل فيه أنه مروى فى الكتب الثلاثه أيضا بسته طرق، منها

الصحيح (۳)عن عبيد بن زراره تاره، و عن زراره أخرى عن الصادق عليه السلام «لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن»

و

صحيح زراره أيضا(۴)عن الباقر عليه السلام «البعير بالبعيرين، و الدابه بالدابتين يدا بيد ليس به بأس، و قال: لا بأس بالثوب بالثوبين يدا بيد و نسيئه إذا وصفتهما»

و

سأل البصرى (۵)أبا عبد اللّه عليه السلام «عن بيع الغزل بالثياب المنسوجه و الغزل أكثر وزنا من الثياب؟ فقال لا بأس»

و

سأله (۶)أيضا «عن العبد بالعبدين و العبد بالعبد و الدراهم؟ قال: لا بأس بالحيوان كله يدا بيد و نسيئه»

و

سأله (۷)سعيد بن يسار أيضا «عن البعير بالبعيرين يدا بيد و نسيئه؟ فقال: نعم لا بأس إذا سميت الأسنان جذعين، أو ثنيين، ثم أمرنى فخططت على النسيئه لأن الناس يقولون لا»

و

موثق سماعه(۸)«سألته عن بيع الحيوان اثنين بواحد؟ فقال: إذا سميت الثمن فلا بأس»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على المطلوب.

فما فى المقنعه و عن ابى على و سلار من ان حكم المعدود حكم المكيل و الموزون، فلا يجوز التفاضل فى المتجانسين مطلقا

نقدا و نسيئه واضح الضعف، و إن كان قد يحتج له بعد إطلاق حرمه الربا ب

صحيح (۹)محمـد «سأل أبا عبـد اللّه عليه السـلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع، و البعير بالبعيرين و الـدابه بالـدابتين؟ فقال كره ذلـك على عليه السـلام فنحن نكرهه، إلاـ ان يختلـف الصـنفان قـال: و سـألته عن الإبـل و البقر و الغنم أو أحـدهن فى هـذا الباب؟ فقال: نعم فإنا

١- ١ الوسائل الباب- ١۶- من أبواب الربا الحديث- ١-.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الربا الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الربا الحديث ٣.

۴- ۴ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الربا الحديث ١.

۵- ۵ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الربا الحديث ١.

۶- ۶ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الربا الحديث- ۶.

٧- ٧ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الربا الحديث- ٧.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الربا الحديث- ١۵.

٩- ٩ الوسائل الباب- ١۶- من أبواب الربا الحديث ٧.

نکرهه»

و

صحیح ابن مسکان (۱)المروی فی الفقیه مرسلا مقطوعا قال: «سئل الصادق (ع) عن الرجل یقول عاوضنی بفرسی و فرسک و أزیدک؟ قال: فلا یصلح، و لکن یقول أعطنی فرسک بکذا و کذا و أعطیک فرسی بکذا و کذا»

لکن فیه بعد تقیید الإطلاق بما عرفت، عدم صدق اعتبار العد فی ذلک، فیکون حینئذ ما فی الخبرین مع معارضته بما سمعت، مخالفا للإجماع، و لعله لذا نفی الخلاف فی المختلف عن بیع الثوب بالثوبین نقدا، فلا بد- من عدم إراده الحرمه من الکراهه؛ و نفی الصلاحیه، أو علی إراده خصوص النسیئه منه، لما فی المقنعه لا- بأس ببیع ما لا یکال و لا یوزن، واحد باثنین و أکثر من ذلک نقلا، و لا یجوز نسیئه کثوب بثوبین، و بعیر ببعیرین، و شاه بشاتین و دار بدارین، و نخله بنخلتین یدا

بید نقدا، و إن باع ذلک نسیئه کان البیع باطلا، و نحو عن المراسم.

و فی النهایه «و اما ما لا یکال و لا یوزن فلا بأس بالتفاضل فیه، و الجنس واحد نقدا، و لا یجوز ذلک نسیئه، مثل ثوب بثوبین، و دابه بدابتین، و دار بدارین، و عبد بعبدین، و ما أشبه ذلک.، إلی ان قال فی آخر المبحث. و ما یباع بالعدد فلا بأس بالتفاضل فیه یدا بید؛ و الجنس واحد؛ و لا یجوز ذلک نسیئه، مثل البیضه بالبیضتین، و الجوزه بالجوزتین، و الحله بالحلتین، و ما أشبه ذلک». و نحوه فی المحکی عن العمانی و ابن الجنید و الخلاف فی عدم جریان الربا فی المعدود، و المنع نسیئه فی نحو ما عرفت.

و فی الوسیله «السادس أی بیع المعدود بالمعدود، و یجوز التبایع فیه متماثلا و متفاضلا، نقدا لا نسیئه، إذا کانا من جنس واحد، مثل بیع بیضه ببیضتین، و جوزه بجوزتین، و حله بحلتین» و فی الغنیه «و یجوز بیع الحیوان بالحیوان مثماثلا- أو متفاضلا، سواء کان صحیحا أو کسیرا نقدا؛ و لا یجوز ذلک نسیئه، فی الظاهر من روایات أصحابنا و طریقه الاحتیاط تقتضی المنع منه.»

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷- من أبواب الربا الحدیث- ۱۶.

و إلى ذلك أشار المصنف بعد ان ذكر أنه بالمساواه فيهما أى الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون يزول تحريم الربويات إجماعا أو ضروره إذا لم يكن فى أحدهما زياده عينيه، أو حكميه، و لو أجلا، قال فلو باع ما لا كيل فيه و لا وزن متفاضلا جاز و لو كان معدودا، كالثوب بالثوبين و الثياب، و البيضه بالبيضتين و البيض نقدا، و فى النسيئه تردد و، لا ريب فى أن المنع أحوط، خروجا عن شبهه الخلاف المتقدم، و إن كان هو ضعيفا بل فى محكى التذكره الإجماع على خلافه، بل يمكن دعوى تحصيله، كما أن النصوص السابقه بين صريح و ظاهر فى جوازه، و البأس المستفاد من مفهوم بعضها أعم من الحرمه، على أنك قد سمعت ما فى خبر سعيد بن يسار(۱).

و منه يعلم وجه الاقتصار فى بعضها على اليد باليد، و قد ظهر لك من ذلك أن الخلاف متحقق هنا فى أمرين؛ أحدهما: إلحاق المعدود بالمكيل و الموزون فى جريان الربا كما هو صريح المقنعه، و المحكى عن سلار و ابى على، و ثانيهما: المنع من البيع متفاضلا نسيئه، و إن لم يكن معدودا، كما سمعته من الشيخ و غيره ممن لم يجز المعدود مجرى المكيل و الموزون فى الربا، و لعل ذلك منهم إثبات حكم خاص للنسيئه، لا لأنه ربا أو لأن الربا الممنوع فيه فى النسيئه لا النقد، و الظاهر ثبوت ذلك عندهم، و لو فى المعدود أيضا، كما هو صريح النهايه أيضا و قد يطلق اسم المعدود على ما يشمل نحو العبد و الفرس و الدار، و من هنا اشتبه على بعض الناس الحال فى المقام و التحقيق ما عرفت.

و على كل حال فلا دليل معتبر على شى ء من الدعويين بحيث يصلح لمعارضه تلك الأدله، لكن لا بأس بالقول بالكراهه فى بيع المتجانس متفاضلا نسيئه، بل و غير نسيئه فى المعدود و

غيره، خروجا من شبهه الخلاف للفتوى و الروايه، بعد القول بالتسامح فى الكراهه على هذا الوجه، و اللّٰه أعلم.

و لا ربا فى الماء للأصل و الإطلاق و النصوص السابقه لعدم اشتراط الكيل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الربا الحديث- ۷.

و الوزن فی بیعه و إن اتفق بیعه بأحدهما فی بعض الأحوال أو الأمکنه أو الأزمنه، نعم قیل إنه لا یباع سلفا إلا وزنا، فلو أسلف ماء فی ماء إلی أجل، احتمل أن یکون ربویا، لاشتراط الوزن فیه حینئذ، و کذا الحجاره و التراب و الحطب، و فیه أن الوزن فی السلم للضبط، لا لأنه یعتبر فی صحه بیعه ذلک، فالأقوی عدم جریان الربا فیه، حتی فی السلم إذ لو سلم اعتبار الوزن فیه، یمکن منع تحقق شرط الربا، بذلک، ضروره ظهور الأدله فی اعتبار ذلک فی أصل بیعه، لا فی قسم خاص من البیع.

و کذا الطین نعم یثبت فی الطین الموزون کالأرمنی علی الأشبه لتحقق الشرط فیه، و المراد به طین قبر ذی القرنین و عن المصباح أنه

روی عن محمد بن جمهور القمی (۱)عن بعض أصحابه «أنه سأل الصادق علیه السلام عن الطین الأرمنی یؤخذ للکسر أ یحل أخذه قال:

أما إنه طین قبر ذی القرنین و طین قبر الحسین علیه السلام خیر منه»

و

عن مکارم الأخلاق (۲)أنه أرسل عنه علیه السلام «أنه سئل یؤخذ الطین الأرمنی للکسر و المبطون؟

فقال: نعم»

الحدیث و عن الإیضاح فی باب المطاعم نفی الخلاف عن جوازا کله لدفع الهلاک فکان دواء یباع وزنا، و أما الخراسانی فأکله حرام فإن بیع لغرض صحیح بنی ثبوت الربا فیه علی دخول الاعتبار و عدمه، و لا تلازم بین حکم أکله و حکم بیعه، و إن حکی عن الشیخ و القاضی أنه أطلق حرمه بیع الطین المأکول، بل عن الخلاف الإجماع علی ذلک. و اللّه أعلم.

و حیث عرفت اشتراط الکیل و الوزن فی تحقق الربا فی المعارضه، فینبغی أن یعلم أن الاعتبار فی ذلک بعاده الشرع، فما ثبت أنه مکیل أو موزون فی عصر النبی صلی اللّه علیه و آله بنی علیه حکم الربا إجماعا محکیا فی التنقیح إن لم یکن محصلا، و إن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۰ من أبواب اطعمه المحرمه الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶۰ من أبواب الأطعمه المحرمه الحدیث- ۳.

تغير بعد ذلک، بل فيه أيضا أنه ما علم أنه غير مكيل و لا موزون فی عصر النبی صلى اللّه عليه و آله فليس بربوی إجماعا، و مقتضاه و إن كيل أو وزن بعد ذلک، و كان الوجه فی

الأمرين بعد الإجماعين المعتضدين بالتتبع- الاستصحاب السالم عن معارضه قاعده «دوران الحكم المعلق على الوصف مداره وجودا و عدما» بعد تخصيصها بغير المقام، و لو للإجماع السابق، أو لأنها حيث يكون التعليق على الوصف المعلوم مناسبته، أو لأن المراد منها زوال الحكم عن الفرد الفاقد للوصف من أصله، لا الذی تلبس به ثم زال عنه، أو لغير ذلک، مما يشترک فی كون المدار هنا على ما عرفت، من أن وجود الكيل و الوزن فی ذلک العصر كاف فی تحقق الربا كما ان الجزافيه مثلا فيه تكفی فی تحقق عدمه.

فتحصل أن المدار المتصف بكل منهما فی ذلک الزمان، و

فی مضمر على بن إبراهيم الطويل (۱)«و لا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامه و لا يؤخذ فيه بالخاصه فإن قوما يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن أصل اللحم أن يوزن، و أصل الجوز أن يعد»

و هو مؤيد بما ذكرنا فی الجمله، و لعل العلم باتفاق البلدان فی هذا الزمان على أحدهما، مع عدم العلم بالحدوث، بل اتفاق بعضها مع عدم العلم بخلاف الباقی كاف، فی إثباته فيه، لأصاله عدم التغير و الانتقال من صفه أخرى.

و إليه أشار المصنف بقوله و ما جهل الحال فيه، رجع إلى عاده البلد و أما إن اختلفت البلدان فيه على وجه لم يعلم عاده عصره

عليه السلام، فالمشهور بين المتأخرين بل لعل عليه عامتهم أنه كان لكل بلد حكم نفسه، و هو المحكی عن المبسوط و القاضی معللين له بالأصل فی الجمله، و أن المعتبر العرف و العاده عند عدم الشرع، و كما أن عرف تلک البلد التقدير فيلزمه حكمه عرف الآخر الجزاف مثلا فيلزمه حكمه صرفا للخطاب إلى المتعارف من الجانبين، و ردا للناس إلى عوائدهم، كما فی القبض و الحرز و الإحياء و إلا لزم الخطاب

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الربا الحديث ۱۲.

بمـا لاـ يفهم، فيكون قـد قام العرف الخاص مقام العام عنـد انتفائه، و هو مخالف لما سـمعته من خبر على بن إبراهيم (۱)و يجب تقييـده أيضـا بمـا إذا لم يعلم سبق الاختلاـف بالاتفـاق، فـإن المتجه حينئـذ عـدم الربا، و إن لم يعلم أن الاتفاق كان على عـدم التقدير، ضروره الإكتفاء فى نفى الحرمه باحتمال عدم التقدير، للأصل و غيره.

أما إذا لم يعلم فقـد يتجه ذلك؛ لكن لا لما ذكروه، بل لاستصـحاب هـذا الحال إلى زمن الخطاب، فينساق الذهن حينئذ إلى أن لكل بلـد حكم نفسه، إذ هو صادق عليه اسم التقـدير و عدمه، و الأول عله للربا كما أن الثانى عله لعدمه، فإعمالهما معا بعد عدم الترجيـح بينهما يقضـى بـذلك، و ليس ذا من تنزيل اللفظ على العرف الخاص المتعـدد الـذى هو واضـح البطلان، كما حرر فى الأصول، ضروره أن الاختلاف بين البلدين مثلا بالتقدير و عدمه، لا فى

معنى اللفـظ، و بينهمـا بون، كمـا أن الحكم المزبور لا ينافى ما تقـدم سابقا من الاكتفاء فى جريان حكم الربا سـبق التقـدير و إن زال، القاضـى بعـدم دوران الحكم مدار الوصف، و إلا لانتفى بانتفائه، إذ هو هنا أيضا كذلك، فإنه و إن أعطينا كل بلد حكمه، لكن ليس لـدوران الحكم على الوصف وجودا و عـدما، بـل لـدورانه على أصـل ثبوت الوصف كمـا فى سـابق التقـدير، فيجرى حينئـذ حكم الربا فى بلاد التقـدير و إن زال، و لا يجرى فى بلاد الجزاف و إن قدر، بناء على أن ذلك كذلك فى المعلوم حاله فى عصر النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم.

نعم قد يشكل ذلك بأن المختلف فى بلدين مثلا لا يدخل تحت إطلاق أحد الخطابين، لا أنه مصداق لكل منهما، فقضيه الأصل عـدم حرمه الربا و ربما يؤيـده خبر على بن إبراهيم (۲)السـابق إلا أنى لم أجـد قائلا به هنا بل و لا من احتمله، و بمنع مثل ذلك فى الشرع إذا المعلوم منه أن الأشياء منها ما لا يصح بيعها إلا بالتقدير، و لتوقف رفع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الربا الحديث- ۱۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الربا الحديث- ۱۲.

الجهاله علیها و مثلها لا ینبغی اختلاف البلدان، بل لا بد من الحکم بفساد فعل فاقده التقدیر، و منها لا یعتبر فیها ذلک، فیجوز بیعها مقدره و بلا تقدیر و اختلاف البلدان فی هذه بان کان التعارف فی بعضها التقدیر و فی الأخر العدم، غیر قادح فی عدم الربا فیها، لعدم اشتراط صحه بیعها بالتقدیر، فیجوز

بیعها بدونه فی بلاد التقدیر، فلم یتحقق شرط الربا، و دعوی إمکان توقف رفع الجهاله علی التقدیر فی بلاد دون اخری، یمکن منعها حینئذ فمفروض المسأله حینئذ لا بد و أن یکون من الثانی، حملا لأفعال المسلمین علی الصحه، فلا یجری فیه الربا، بل احتمال ذلک فیه کاف فی رفع الحرمه و لکن قد یدفع ذلک کله و غیره بالإجماع المرکب إن لم یکن البسیط، إذ الأقوال فی المسأله ثلاثه أشهرها ما عرفت.

و قیل و القائل الشیخ فی النهایه و سلار فیما حکی عنه یغلب جانب التقدیر و یثبت التحریم حینئذ عموما من غیر فرق بین بلد الکیل و الوزن و الجزاف، و عن فخر المحققین أنه قواه، و لعله لصدق التقدیر، و إن کان یعارضه صدق عدمه، و کما أن الأول مناط الربا، کذلک الثانی مناط عدمه، و أصاله الجواز المستفاده من إطلاق الأدله و عمومها تقتضی الجواز، و لا یعارضها إطلاق حرمه الربا بعد تقییده باشتراط الوزن و الکیل.

و قیل و القائل المفید: إن تساوت الأحوال فیه غلب جانب التقدیر، و الأرجح الأغلب، و لعل المشکوک عنده من المتساوی ترجیحا له بغلبته علی غیره، بخلاف الأول الموافق جریان الربا فیه للاحتیاط، و ل

قوله علیه السلام (۱)«ما اجتمع الحرام و الحلال إلا و غلب الحرام، الحلال»

لکن لا یخفی علیک عدم وجوب مراعاه الأول عندنا، و عدم تناول الثانی لما نحن فیه.

نعم یؤید القولین معا ما ذکرناه من أنهما موافقان لعمومیه الحکم و أن الشی ء إما ربوی أو لا، لا أنه ربوی فی مکان دون آخر، بل قد یظهر من بعضهم أنه کذلک فی الزمان أیضا، لکن و مع ذلک فالوقوف علی المشهور أولی، و إن کان الاحتیاط

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

لا ينبغى تركه؛ خصوصا بعد أن حكى الميل إلى قول المفيد جماعه من المتأخرين و اللّه اعلم.

و كيف كان ف المراعى فى المساواه المسوغه لبيع المتجانس كيلا أو وزنا وقت الابتياع فيجوز حينئذ بيع كل ماله حالتا رطوبه و جفاف، بعضه ببعض مع تساوى الحالين، كالرطب بمثله و العنب بمثله، و الفواكه الرطبه بمثلها، و اللحم الطرى بمثله، و الحنطه المبلوله بمثلها، و التمر و الزبيب و الفاكهه الجافه و المقدد و الحنطه اليابسه كل واحد بمثله، بلا خلاف أجده فيه، بل فى التحرير القطع به الجارى مجرى الإجماع، بل عن نهايه الأحكام نسبته إلى علمائنا للأصل السالم عن معارضه التفاضل حاله العقد، و لانه وجد التماثل فيهما فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص كبيع اللبن باللبن.

و كذلك جميع الأشياء الرطبه بعضها ببعض سواء كان لها حاله جفاف أولا، كالرطب الذى لا يتمر، و العنب الذى لا يزبب، و البطيخ و نحوه، و كذا بيع اليابس بمثله، فيندرج حينئذ فى جميع ما تقتضى الجواز، كما أنه يخرج عما يقتضى المنع بل ما تسمعه من نصوص (۱)المسأله الاتيه ظاهره فى الجواز فيه، لكنه قد يقال بوجوب تقييد ذلك بما إذا لم تختلف كيفيه الرطوبه بما لا يتسامح فى مثله بالعاده، و إلا كان إلحاقه بالمسأله الاتيه أى بيع الرطب بالجاف أولى، بل قد يناقش فى الجواز فى غيره أيضا بفحوى ما تسمعه من النصوص الاتيه، الداله على منع بيع ما ينقص إذا جف بجنسه الجاف؛ معلله له بذلك، ضروره اقتضائها الحرمه بعدم المساواه المتأخره عن وقت الابتياع، فهى حينئذ شرط فى الجواز، و الشك فيها شك فيه، و مع فرض رطوبه العوضين معا لم يعلم مساواتهما بعد الجفاف قطعا، لاحتمال زيادته فى واحد دون الأخر، اللهم الا أن تدفع بمنع اقتضاء تلك النصوص شرطيه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب الربا.

المساواه على الوجه المزبور، بل أقصاها الحرمه بتحقق النقصان عند العقد، و هو منتف فى الفرض قطعا، لاحتمال المساواه فى الواقع.

نعم لو علم حال البيع بنقصان أحدهما من الآخر بعد الجفاف، اتجه الإلحاق بالمسأله الآتيه؛ أما إذا لم يعلم وقت الابتياع فلا معارض لما يقتضى الصحه من النصوص و غيرها، بل مقتضى إطلاقها ذلك و إن تحقق النقصان متأخرا عن وقت الابتياع، و إن كان لا يخلو من تأمل فى الجمله، بل خيره المصنف تبعا للمحكى عن الشيخ فى مبسوطه و خلافه و ابنى زهره و إدريس و كاشف الرموز الاكتفاء بالمساواه وقت الابتياع، و إن علم النقصان حاله بعد ذلك.

فلو باع لحما نيا بمقدد متساويا جاز، و كذا لو باع بسرا برطب، و كذا لو باع حنطه مبلوله بيابسه، لتحقق المماثله فيخرج عما دل على حرمه الربا، و يدخل فيما دل على الجواز، بعد عدم حجيه منصوص العله فى غير ذى العله، و قيل بالمنع و القائل القديمان و الشيخ فى موضع من المبسوط، و الوسيله، و التذكره، و التحرير، و نهايه الأحكام، و الإرشاد، و المختلف، و القواعد، و اللمعه؛ و المقتصر و المهذب، و التنقيح، و إيضاح النافع، و الميسيه، و المسالك، و الروضه، و الدروس، على ما حكى عن بعضها، بل فى التذكره أنه المشهور، و فى التنقيح و عن إيضاح النافع أن عليه الفتوى، نظرا إلى تحقق النقصان عند الجفاف فلا تجدى المساواه وقت الابتياع؛ و قد أرسله

العامه و الخاصه فى كتب فروعهم عن النبى صلى اللّه عليه و آله (۱)«انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: أ ينقص إذا جف؟ فقيل له: نعم، فقال: لا إذا»

و كان سؤاله مع العلم بالحال، لبيان الوجه فى التحريم و قد

قال: الصادق عليه السلام فى صحيح الحلبى (۲)«لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس و الرطب رطب فإذا يبس نقص»

و

۱- ۱ المستدرك ج ۲ ص ۴۸۰.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الربا الحديث ۱-.

فی

خبر داود بن سرحان (۱)«لا یصلح التمر بالرطب، إن الرطب رطب، و التمر یابس فإذا یبس الرطب نقص»

و خبر داود الأبزاری (۲)الذی یقرب من ذلک» و

الباقر علیه السلام فی خبر محمد بن قیس (۳)«أن أمیر المؤمنین علیه السلام کره أن یباع التمر بالرطب عاجلا بمثل کیله إلی أجل من أجل أن التمر ییبس فینقص من کیله»

بناء علی إراده الحرمه من نفی الصلاح و الکراهه فی باب الربا، لکثره التعبیر بهما عنها فیه خصوصا فی نحو المقام الذی قد عرفت شهره الأصحاب علیه، و خصوصا بعد ما ورد(۴)فی نحو ذلک من

أن علیا علیه السلام لا یکره الحلال،

بل فی صحیح الحلبی ما یشهد لإرادتها منه، کما لا یخفی.

و المناقشه فی حجیه العله فی غیر موردها واهیه، کما حرر فی الأصول، بل هی هنا فی صحیح الحلبی کالصریحه فی التعمیم، أو یعلل المنع مضافا إلی ذلک، ب انضیاف أجزاء مائیه مجهوله فمقابله أزید منه بالنسبه إلی أجزائه فعلا فلا مساواه حال الابتیاع حینئذ.

لکن قد یناقش فیه بأنه إنما یتم فی ذل البلل العرضی کالحنطه المبلوله، لا فی مثل

العنب و نحوه مما کان الماء فیه أحد أجزائه، و من هنا فرق فی المحکی عن موضع من المبسوط بین الحنطه المبلوله و غیرها، فمنع فیها دون نحو العنب بالزبیب، و علی کل حال فلا ریب فی أن المنع مطلقا أقوی، و منه یعلم أنه لا ینبغی أن یکون فی بیع الرطب بالتمر فی غیر العریه تردد کما وقع من المصنف إذ هو مورد العله المزبوره، و إن قال و الأظهر اختصاصه بالمنع اعتمادا علی أشهر الروایتین روایه و عملا، بل هو المشهور بین الأصحاب نقلا و تحصیلا، بل فی الغنیه و عن الخلاف الإجماع علیه، و هما الحجه بعد النصوص السابقه التی لا وجه للمناقشه فیها باحتمال حملها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الربا الحدیث- ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الربا الحدیث- ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الربا الحدیث- ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الربا الحدیث- ۱.

على النسيئه المتفق على منعها فيه، كما فى التحرير استنادا إلى خبر محمد بن قيس (۱)منها، ضروره ظهور شمول مفهوم التعليل للنقد و النسيئه، و لو أريد الثانى لكان اللازم التعليل بها، على أنه لو سلم دلاله خبر محمد بن قيس على ذلک فلا دلاله فيه على العدم فى النقد، كى ينافى غيره من النصوص الذى يراد حملها عليه، كما أنه لا وجه للمعارضه بالأصل و الإطلاقات التى يكفى فى تخصيصها الأقل من ذلک.

و ب

موثق سماعه(۲)قال «سئل أبو عبد اللّه (ع) عن العنب بالزبيب قال لا يصلح إلا مثلا بمثل قال و التمر بالرطب مثلا بمثل»

المؤيد ب

خبر ابى الربيع (۳)فى الجمله «قال لأبى عبد اللّه عليه السلام ما ترى فى التمر و البسر الأحمر مثلا بمثل؟ قال: لا بأس قلت فالبختج و العنب مثلا بمثل؟ قال: لا بأس»

القاصرين عن المعارضه من وجوه بل قد يحتملان بل قيل: انه الظاهر إراده المماثله بوصفى الرطوبه و اليبوسه، فيكون كل منهما حينئذ مشعرا بالمنع مع المخالفه؛ بل ربما احتمل فى الموثق حمله على عنب يابس أو زبيب رطب، و التفاوت اليسير غير قادح كبيع العسل بالعسل قبل التصفيه، و اللحم الطرى بمثله، بل فى الكافى قلت: و التمر و الزبيب قال: مثلا بمثل فيكون خارجا عما نحن فيه، كما أن خبر أبى الربيع كذلک إذ ليس فيه بيع الرطب بالتمر.

نعم أقصاه المنافاه لتعديه العله، و قد يحتمل إراده الرطب من التمر، فيكون حينئذ من قبيل بيع ذى الحالتين مع التساوى فيهما، و المراد بالبختج فيه عصير العنب المطبوخ بالنار، و بالعصير ذلک قبل أن تمسه النار كما قيل، و لعله مما ينقصه التجفيف؛ لا الجفاف بنفسه، و ستسمع الحال فيه كل ذلک مع ندره الخلاف، لانحصاره فيما أجد فى المحكى عن الإستبصار الذى لم يعد للفتوى، و موضع من المبسوط، و ابن إدريس فجوازه على كراهيه،

بل قال الثانى منهما: أن مذهبنا ترک التعليل و القياس، لأنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الربا الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الربا الحديث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الربا الحديث- ۵.

كان يلزم عليه أنه لا يجوز بيع رطل من العنب برطل من الزبيب، و هذا لا يقول به أحد من أصحابنا بغير خلاف، و هو كما ترى.

نعم تبعهما بعض متأخرى المتأخرين و لو زاد فى الرطب بما يساوى نقيصه الجفاف لم يرتفع المانع، سواء كانت الزياده من الجنس أو المخالف لفوات التساوى حال الابتياع، كما أنه كذلك لو نقص فى التمر، و فى التحرير الاتفاق على منع بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، نعم لو نقص الرطب و ضم إليه من غير جنسه و باعه بالتمر صح، و لو فرض زياده أحد العوضين على حال الابتياع من غير نقيصه للآخر جاز بعد إحراز المساواه حال البيع، للأصل و الإطلاقات السالمه عن معارضه تعديه العله، اللهم إلا أن يدعى ظهورها فى إراده المثال، و لو كان النقصان بالجفاف يسيرا لقله العوضين جرى عليه حكم الربا فى وجه، لكونه مما لا يتسامح فيه حال الكثره، و ربما يومى إليه ترك الاستفصال فى منع بيع الرطب بالتمر، كما أن المتسامح به حال الكثره لا يقدح فى القله و إن تفاحش، و قد يقوى فى النظر ملاحظه أشخاص الأعواض فى ذلك، و لو كان مما ينقصه التجفيف لا الجفاف أمكن الإكتفاء بالمساواه حال البيع، إذا لم يكن معظم الانتفاع به متوقفا على التجفيف، أو أنه متخذ عاده لذلك، و كذا يكتفى بالمساواه فى وجه لو كان مما يعود نقصه، لاعتياد رش الماء عليه و اللّٰه أعلم.

[فروع]

اشاره

فروع

[الفرع الأول إذا كانا فى حكم الجنس الواحد و أحدهما مكيل و الآخر موزون كالحنطه و الدقيق فبيع أحدهما بالآخر وزنا جائز]

الأول: إذا كانا أي العوض و المعوض فى حكم الجنس الواحد و أحدهما مكيل و الآخر موزون كالحنطه و الدقيق فبيع أحدهما بالآخر وزنا جائز مع التساوى و إن تفاوتا بالكيل وفاقا للمحكى عن المبسوط و السرائر و القاضى، و به صرح فى التحرير و المسالك و غيرهما، للإطلاقات و صدق بيع المثل بالمثل، و فى

صحيح زراره(۱)«الدقيق بالحنطه و السويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به»

و

قال محمد بن مسلم (۲)للباقر (عليه السلام) فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحديث- ۱- باختلاف يسير.

الصحیح «ما تقول فی البر بالسویق فقال: مثلا بمثل لا بأس به، قلت إنه یکون له ریع فیه

فضل فقال أ لیس له مؤنه؟ قلت: بلی قال: هذا بهذا»

و

قال الصادق علیه السلام فی مرسل صفوان (۱)«الحنطه و الدقیق لا بأس به رأسا برأس»

و

سأله أبو بصیر(۲)أیضا «عن الحنطه بالشعیر و الحنطه بالدقیق فقال: إذا کانا سواء فلا بأس، و إلا فلا»

مضافا إلی أصاله الوزن للکیل و أنه أضبط و أشد رفعا للغرر و الجهاله منه، و لذا لم یتردد المصنف فی الجواز.

أما فی الکیل بمعنی بیع أحدهما بالاخر کیلا مع التساوی فیه و إن تفاوت فی الوزن فقال فیه تردد من إطلاق النصوص السابقه، و لأن الکیل أصل للحنطه فیستصحب فی فروعها، و من أن الوزن أضبط و أنه أصل للکیل، و لذا المقدر بالوزن لا یباع کیلا، لعدم ارتفاع جهالته به، و للشک فی صدق إطلاق المثلین مع تفاوت الوزن؛ و لأن من أفراد هذه القاعده ما لا یمکن فیه القول بالکیل، کالحنطه بالخبز و السمسم بالشیرج.

ف الأحوط حینئذ تعدیلهما بالوزن الذی هو الأصل خروجا عن خلاف المبسوط و ابن البراج، حیث قالا فی مفروض المسأله: لا یباع إلا وزنا، و إن مثلاه بالحنطه و الخبز، بل ظاهرهما أنه

لیس الحنطه و الدقیق منه، و لذا ذکر أولهما أن الأحوط فیهما بیعهما بالوزن، ثم عقبه بحکم ما نحن فیه جازما بما سمعت، و فی المختلف «أن الحنطه من المکیلات و کذا الدقیق لأن أصله من الحنطه، و هی مکیله فلا یباع أحدهما بالاخر الا بالکیل و لا یباع بالوزن و إلا جاء الربا، لا یقال: إذا بیعا بالکیل حصل الربا أیضا، لأن الحنطه أثقل من الدقیق، فیحصل التفاوت فی الوزن: و هو عین الربا، لأنا نقول لا اعتبار بالتفاوت فی المیزان فی المکیل.

ثم روی زراره فی الصحیح (۳)إلی آخره و محمد بن مسلم (۴)إلخ و إنما تتحقق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحدیث- ۵ و ذکر صدره فی الباب ۸- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحدیث- ۶ و ذکر صدره فی الباب ۸- الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحدیث- ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحدیث- ۲.

المتماثله بالتساوى فى المقدار الذى جعله الشارع معيارا لهما و هو الكيل، و إن اختلف فى غيره مما لم يجعله معيارا، و قول الشيخ أن الأحوط الوزن، لأن الدقيق أخف من الحنطه غير جيد، لأنه من هذه الحيثيه كان الأحوط الكيل، إذ تساويهما فى الوزن يقتضى التفاضل بينهما فيما جعله الشارع معيارا لهما و هو الكيل الذى نهى عنه، و تساويهما فى الكيل يقتضى تماثلهما فيما جعله الشارع معيارا لهما الذى أمر به، و إن اختلفا فيما سواه.

قلت: لكن هذا كله خروج عما نحن فيه من بيان حكم ما لو اختلف ما هو كالجنس الواحد فى التقدير و دعوى امتناع ذلك لتبعيه الفروع

للأصول كما يومى إليه أول كلامه، واضحه المنع، و ربما كانت هى منشأ قوله بأن الدقيق مكيل، و إلا فالمنقول أنه موزون، و ربما كان فى صحيح ابن مسلم (۱)إيماء إليه بناء على أن الفضل فى الحنطه عليه، إنما يكون بالوزن بل فى بعض نصوص مقاطعه الطحان (۲)التصريح باعتباره بالوزن، كما أن فيه اعتبار الحنطه به، و لا ينافيه معلوميه اعتبارها بالكيل، إذ يمكن أنها كانت تعتبر بهما.

و كيف كان فالظاهر عدم الخلاف فى مفروض المسأله، لا فى مثالها فى عدم جواز البيع بالكيل، و تردد المصنف و الفاضل فى التحرير ليس قولا بل لم أجد من احتمله غيرهما، بل اقتصر الثانى منهما فى القواعد على احتمال تحريم البيع بالكيل و الوزن للاختلاف قدرا و تسويغه بالوزن، لكن فى المسالك عن الفاضل انه اعتبر الكيل فيما هو أصله، و استحسنه هو، و فيه مع انه لا يتم فى نحو الحنطه بالخبز، أنه لا مدخليه لكيل الأصل فى ذلك، و عن السرائر نفى الخلاف عن عدم جواز بيع الموزون مكيلا.

و التحقيق فى المسأله مبنى على تحقيق مسأله أخرى، و هى جواز بيع الموزون مكيلا و بالعكس و عدمه، فعن المبسوط إذا كان عاده الحجاز على عهده صلى اللّه عليه و آله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الربا الحديث ۳ و ذيله.

و سلم فی شی ء الکیل لم یجز إلا کیلا فی سائر البلاد؛ و ما کانت فیه وزنا لم یجز فیه إلا وزنا بلا خلاف فی ذلک کله، قیل: و ظاهره بین المسلمین و احتمل فی جامع المقاصد فی ذلک ثلثه احتمالات.

الأول- الجواز مطلقا لاندفاع الغرر و الجهاله بذلک، و اعتبار الشارع له بالکیل مثلا لا یقضی بعدم حصول العلم بدونه، مضافا إلی أصاله صحه البیع، ثم أجاب عما لعله یورد هنا من منع بیعه بجنسه کذلک، بأن ذلک إنما هو لأجل الحذر من التفاوت، لا لحصول الجهاله، الثانی- عدم الجواز مطلقا، لأن کلا من المعیارین بالإضافه إلی ما علم بالاخر غیر محصل للعلم بالمقدار فلا یندفع به الغرر، ثم قال: و فیه منع الثالث- التفصیل بجواز بیع المکیل موزونا دون العکس، قال: و یظهر من التذکره اختیاره، و المستند فیه أن الوزن أصل المکیل، و لم یثبت مرادهم منه، فإن أرادوا أن الکیل طار علی الوزن فغیر واضح، لأن المفروض أن المکیل لم یکن موزونا، و إن أرادوا أن الوزن أدل علی المقدار، فغیر ظاهر أیضا، لأن مقدار معیار الکیل إنما هو باعتبار حجمه لا باعتبار ثقله و خفته، و إن أرادوا أغلبیته فی أکثر الأشیاء، فیکون الأصل بمعنی الراجح، فشرعا غیر معلوم، و العرف لا یرجع إلیه فیما ثبت حکمه شرعا، هذا کله فی غیر البیع بالجنس.

أما فیه فقد صرح غیر واحد بوجوب ذلک الاعتبار فیه فلا یباع المکیل بجنسه إلا مکیلا، و کذا الموزون، و إن قلنا بالجواز فی غیره، بل قیل إنه مجمع علیه فی الظاهر، قال فی التذکره: «ما أصله الکیل یجوز بیعه وزنا سلفا و معجلا، و لا یجوز بیعه بمثله وزنا، لأن الفرض فی السلف و المعجل تعیین الجنس و معرفه المقدار، و هو یحصل بهما، و الفرض المساواه فاختص المنع فی بعضه ببعض به.

و فی المختلف «قال ابن إدریس: یجوز أن یسلف فی المکیل من الحبوب و الأدهان وزنا و فی الموزون کیلا إذا کان یمکن کیله؛ و لا یتجافی فی المکیال، و لا یجوز بیع الجنس الواحد فیما یجری فیه الربا بعضه ببعض وزنا إذا کان أصله الکیل، و

لا كيلا إذا كان أصله الوزن- و الفرق أن المقصود من السلم معرفه مقدار المسلم فيه، حتى يزول عنه الجهاله، و ذلك يحصل بأيهما قدر من كيل أو وزن، و ليس كذلك ما يجرى فيه الربا فإن الشارع أوجب علينا التساوى و التماثل بالكيل فى المكيلات و بالوزن فى الموزونات، فإذا باع المكيل بعضه ببعض وزنا فإذا رد إلى الكيل جاز أن يتفاضل لثقل أحدهما و خفه الأخر، فلذلك افترقا، و يجوز بيع المكيل بالوزن، و لا يجوز بيع الموزون بالكيل،» و عن المبسوط فى باب السلم «لا يجوز بيع الجنس الواحد فيما يجرى فيه الربا بعضه ببعض وزنا، إذا كان أصله الكيل، و لا كيلا إذا كان أصله الوزن».

و فى القواعد «هنا لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافا و لا مكيلا و لا المكيل جزافا و لا موزونا» و فى باب السلم تردد فى جواز السلف فى المكيل موزونا و بالعكس، و فى المختلف هنا «الأقرب عندى أن المكيل لا يباع بعضه ببعض بالوزن مع احتمال التفاوت، و كذا العكس» إلى غير ذلك من كلماتهم المتفرقه، لكن فى المسالك فى شرح قول المصنف فيجوز بيع المتجانسين وزنا بوزن نقدا «هذا إذا كان أصلهما الوزن، أما لو كان أصلهما الكيل ففى الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصه نظر من كون الوزن أضبط حتى قيل: إنه أصل للكيل، و من ورود الشرع و العرف بالكيل، فلا يعتبر بغيره، و ظاهر كلام المصنف اختيار الأول، و هو متجه، و نقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطه و الشعير وزنا، مع الإجماع على كونهما مكيلين فى عهده صلى اللّٰه عليه و آله و سلم.» قلت و عن التذكره أيضا إجماع الأمه على أنهما و الملح و التمر كانت مكيله فى عهده صلى اللّٰه عليه و آله و سلم؛ قال: «فلا تباع بعضها ببعض إلا مكيله، و لا يجوز بيع شى ء منها بشى ء آخر من جنسها وزنا» و نحوه قال: فى الموزون أيضا، قلت: التحقيق فى أطراف المسأله أنه لا ريب فى أن الإطلاقات تقتضى صحه البيع مع تعارف الكيل فى الموزون أصلا و بالعكس، و لا دليل يدل على وجوب اعتبار أصله صالح لتقييدها، بل السيره القاطعه على بيع ما ذكروا أنها مكيله فى عهده بالوزن، عاضده لها، بل لعل دليل الغرر و الجهاله

يقضـى بعدم جواز البيع بالاعتبار الأصلى، بعد أن كان المتعارف غيره، ضروره حصولهما به بعد نسخ الأصل و رفضه، و إن كان قد لو حظ فى ابتداء التعارف حتى يصح البيع.

و منه يعلم أنه لا يجوز بيع ما كان المتعارف كيله بالوزن حال تعارف كيله و بالعكس ضروره حصول الجهاله و الغرر بذلك، إذا الوزن لمتعارف الكيل مثلا كالمكيال المجهول و كالوزن بصخره مجهوله و دعوى أصاله الوزن للكيل قد عرفت المراد بها، و عدم ثبوتها على وجه يجدى.

فتحصل أن الأقوى اعتبار التعارف فى ذلك، و هو مختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه، و لا فرق فى ذلك بين البيع بالجنس و غيره، فالموزون الذى كان يتعارف كيله فى السابق يجرى فيه الربا باعتبار الوزن لعدم صحه بيعه كيلا على ما ذكرنا، و كذا المكيل، و التساوى و التفاضل المذكور فى الأدله ينصرف إلى ما تعارف من الاعتبار لذلك البيع، كما هو واضح.

اللهم إلا أن يقال: انه بالنسبه إلى رفع الربا يعتبر التساوى بالمعيار الأصلى، و إن كان لا يباع إلا بالوزن فيعتبر مساواته مثلا بالكيل ليسلم من الربا ثم يوزن إذا أريد بيعه، و إن حصل التفاضل فيه، و لكن مقتضى ذلك أن التساوى فى الوزن المتعارف لا يكفى، و التفاضل فيه بعد التساوى فى الكيل لا يقدح، و التزامه فى غايه الصعوبه، و ليس فى الأدله ما يشهد له، و الإجماع السابق من التنقيح إنما هو فى جريان الربا على المعتبر أصلا و إن تعارف جزافيته، و عدمه و إن تعارف اعتباره، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه فتأمل جيدا.

و لو فرض تعارف الكيل و الوزن فيه جاز البيع بكل منهما مع التساوى فيه، و إن اختلف فى التقدير الأخر، و من ذلك يعلم أن الأقوى فى موضوع مسأله المتن عدم الجواز بالكيل و بالوزن، لاستلزام كل منهما تقدير أحدهما بغير المتعارف فى تقديره، و تعارف كيل الأصل أو وزنه غير مجد فى الفرع بعد فرض حصول التعارف فيه على

خلاف أصله.

نعم لو فرض أن أحدهما مكيل و موزون؛ و الأخر موزون خاصه، أو مكيل كذلك جاز بيعهما بالتقدير المشترك بينهما دون المختص بأحدهما و بهذا يظهر لك النظر فى جمله مما تقدم و غيره، خصوصا مثل عباره المصنف و غيرها كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم، لكن بقى شى ء، و هو أنه و إن قلنا أن التحقيق عدم الجواز فى موضوع مسأله المتن، إلا أن الظاهر عدم كون الحنطه و الدقيق من ذلك، فإن النصوص و الفتاوى اتفقت على الجواز فيها، بل فى التذكره الإجماع عليه.

نعم ليس فى شى ء من النصوص ما يدل على أن أحدهما لا يباع إلا كيلا و الآخر لا يباع إلا وزنا، كى يكون ذلك مثالا لموضوع المسأله، فيمكن كونهما معا مكيلين و يمكن كونهما معا موزونين و يمكن كونهما يباعان بهما، أو أن أحدهما كذلك دون الأخر و قد وقع البيع بالاعتبار المشترك، فلا منافاه حينئذ بين ما ذكرناه و بين هذه النصوص، و مقعد إجماع التذكره و من الغريب احتمال الحرمه فى القواعد فى خصوص ذلك و اللّٰه أعلم.

[الفرع الثانی بیع العنب بالزبیب جائز]

الفرع الثانی بیع العنب بالزبیب جائز عند المصنف و من عرفت سابقا ممن لا یعدی العله و قیل لا، اطرادا العله الرطب بالتمر و هو لا الأول أشبه عندنا كما عرفت الحال فیه، و كذا البحث فی كل رطب مع یابسه

[الفرع الثالث یجوز بیع الأدقه بعضها ببعض مثلا بمثل]

الفرع الثالث یجوز بیع الأدقه بعضها ببعض مثلا بمثل مع اتحاد الجنس، و متفاضلا مع اختلافه، من غیر فرق بین الناعمین و الخشنین، و الناعم و الخشن، بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلك بیننا، للإطلاقات، و عن الشافعی فی القدیم و الجدید أنه لا یجوز بیع الدقیق بالدقیق مع اتحاد الجنس، و عن أبی حنیفه عدم جواز بیع الناعم بالخشن، و لا ریب فی فسادهما، و كذا یجوز بیع الأخباز بعضها ببعض متساویا مع اتحاد الجنس، و متفاضلا مع اختلافه، نعم یعتبر فی الأول الاتحاد أیضا فی الرطوبه و الیبوسه و إلا جاء البحث السابق بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلك بیننا، لإطلاق الأدله، و عن

الشافعی أنه لا یجوز بیع أحدهما بالآخر إذا کانا رطبین، بل عنه فی کتاب الصرف أنه لا یجوز أیضا إذا کانا یابسین مدقوقین یمکن کیلهما، و لا ریب فی فساده.

و کذا یجوز بیع الخلول بعضها ببعض متساویا مع اتحاد الجنس، و متفاضلا مع اختلافه، بلا خلاف أجده بیننا من غیر فرق فی أفراد الخل بین المعتصر و بین الممزوج بالماء، فیجوز حینئذ عندنا کما فی التذکره بیع خل العنب بالزبیب لاتحاد أصلهما، خلافا للشافعی فلا یجوز، لأن فی خل الزبیب ماء، و فیه أنه غیر مانع إذ هو إن أفاد اختلاف الحقیقه جاز متفاضلا، و إلا متساویا، و کذا حل الزبیب بخل الزبیب عندنا، کما عن التذکره أیضا خلافا له أیضا، لأن فی کل منهما ماء قال: و إن قلنا فی الماء ربا لم یجز، بمعنی جواز تفاضل الزبیب و الماء، و هو کما تری، و کذا خل التمر بخل التمر عندنا، کما فی التذکره خلافا له أیضا.

أما خل التمر بالزبیب فلا إشکال فیه عندنا أیضا لاختلاف الجنس، و عن الشافعی انه ان قلنا فی الماء ربا لم یجز و ان قلنا لا ربا فیه جاز، و فساده واضح عندنا، و اما بیع الدبس بالدبس فیجوز عندنا متساویا کما فی التذکره مع اتحاد أصله و متفاضلا مع اختلافه و عن الشافعی المنع للاشتمال علی الماء و یجوز عندنا أیضا بیع الدبس بالتمر مع اتحاد الأصل متساویا و منعه الشافعی أیضا، و یجوز بیع خل العنب بعصیره متساویا عندنا کما فی التذکره و بالجمله لا ریب فی الجواز عندنا فی هذه کلها و غیرها و ان جهل مقدار ما فی کل واحد من الرطوبه فی بعضها اعتمادا علی تناول الاسم و قد تقدم لک تمام البحث فی ذلک.

و منه یعلم ما فی المسالک هنا «قال لا بد فی الجواز من اشتراکهما فی أصل الرطوبه أی الأخباز فی الرطوبه فلو کان أحد الخبزین رطبا و الأخر یابسا لم یصح، بناء علی ما سلف من القاعده» و فی العباره إشاره إلیه حیث اثبت لکل واحده رطوبه جهل مقدارها، و لو علم أن رطوبه أحدهما أکثر من رطوبه الأخر مع اشتراکهما فی الأصل، ففی الجواز

نظر، من صـدق الاسم فی المثلین، و من العلم بزیاده حقیقه أحدهما علی الأخر، و لعل الأقرب الجواز، لأن الرطوبه غیر مقصوده، و الحقیقه مطلقه علیهما، و کذا لو علمت الرطوبه فی أحدهما، و انتفت من الأخر؛ کخل الزبیب و خل العنب الخالص.

قلت: عرفت أنه لا یکفی الاتحاد فی الحقیقه و المساواه عند الابتیاع، بل لا بد من مراعاه عدم النقصان فی أحدهما عن الأخر بعد ذلک، للأخبار السابقه، فإذا فرض عـدمه صـح؛ و إن کانت الرطوبه فی أحدهما عارضـیه کخل الزبیب إلا أنها صارت من أجزاء الحقیقه، فلاحظ ما تقدم سابقا و تأمل. و اللّٰه أعلم.

[تتمه فیها مسائل]

اشاره

تتمه فیها مسائل

[المسأله الأولی لا ربا بین الوالد و ولده]

الأولی: لا ربا بین الوالـد و ولده إجماعا محکیا مسـتفیضا، إن لم یکن متواترا، صـریحا و ظاهرا، بل یمکن تحصـیله، إذ لا خلاف فیه إلا من المرتضـی فی الموصـلیات، لکن فی الانتصار بعد أن ذکر مما انفردت به الإمامیه القول بأنه لا ربا بین الولد و والده، و لاـ بین الزوج و زوجته، و لاـ بین الـذمی و المسـلم، و لاـ بین العبـد و مولاـه، و خالف باقی الفقهاء، قال: «و قـد کتبت قـدیما فی جواب مسائل وردت علی من الموصل و تأولت الأخبار التی یرویها أصحابنا المتضمنه لنفی الربا بین من ذکرناه، علی أن المراد- بـذلک و إن کـان بلفظ الخبر- معنی الأمر، کأنه قال: یجب أن یقع بین من ذکرناه ربا، کما قال تعالی (۱)«مَنْ دَخَلَهُ کانَ آمِناً» و کقوله تعالی (۲)«فَلا رَفَثَ وَ لا فُسُوقَ وَ لا جِدالَ فِی الْحَجِّ» و

قوله صلی اللّٰه علیه و آله (۳)«العاریه مردوده، و الزعیم غارم»

و معنی ذلک کله الأمر» إلی أن قال:

۱- ۱ سوره آل عمران الآیه ۹۷.

۲- ۲ سوره البقره الآیه ۱۹۷.

۳- ۳ جامع الصغیر للسیوطی ص- ۶۸ طبع عبد الحمید احمد حنفی

«و اعتمدنا فی نصره هذا المذهب علی عموم ظاهر القرآن، ثم لما تأملت ذلک رجعت عن هذا المذهب، لأنی وجدت أصحابنا مجمعین علی نفی الربا بین من ذکرنا، و غیر مختلفین فیه فی وقت من الأوقات، و إجماع هذه الطائفه قد ثبت أنه حجه، و یخص به ظاهر القرآن».

و هو کما تری بعد اعترافه بالخطإ و أنه مخالف للإجماع فی فتواه السابقه، لا یقدح فی تحصیل الإجماع، بل هو مؤکد له، مضافا إلی

خبر عمرو بن جمیع (۱)الـذی رواه المشایخ الثلاثه عن أبی عبد اللّه علیه السـلام قال: «قال: أمیر المؤمنین علیه السـلام لیس بین الرجل و ولده ربا، و لیس بین السید و عبده ربا،»

و

صحیحی زراره(۲)و محمد بن مسلم (۳)الذی رواه الکلینی و الشیخ عن أبی جعفر «لیس بین الرجل و ولده، و بینه و بین عبده، و لاـ بینه و بین أهله ربا، إنما الربا فیما بینک و بین ما لا تملک، قلت: فالمشرکون بینی و بینهم ربا قال: نعم، قلت: فإنهم ممالیک، فقال: إنک لست تملکهم، إنما تملکهم مع غیرک، أنت و غیرک فیهم سواء، فالـذی بینک و بینهم لیس من ذلک، لأن عبـدک لیس مثل عبدک و عبد غیرک.»

فمـن الغریـب دغـدغه بعض المتـأخرین فی الحکـم المزبـور؛ و کـأنه ناشـئ مـن اختلال الطریقـه، و إطلاـق الخـبرین و معـاقد الإجماعات یقضـی بأنه یجوز لکل منهما أخذ الفضل من صاحبه کما صـرح به الحلی و الفاضـلان و الشهیدان و غیرهم، بل لعله لا خلاف فیه إلا من الإسـکافی، فقال کما فی المختلف لا ربا بین الوالد و ولده إذا أخذ الوالد الفضل، إلا أن یکون له وارث أو علیه دین و هو اجتهاد فی مقابله النص و الفتوی.

و کیف کـان فلاـ یتعـدی الحکم إلی الأـم لحرمه القیاس بعـد اختصاص الـدلیل بغیرها، کما أن الظاهر من النص و الفتوی إراده الولد النسبی دون الرضاعی، و إن احتمله بعضهم؛ و لا إطلاق للمنزله بحیث یشمل المقام، ضروره انصرافها للنکاح و نحوه، نعم

۱- ۱ الوسائل الباب ۷ من أبواب الربا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من أبواب الربا الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۷ من أبواب الربا الحدیث- ۴.

قـد يتوقف فی ولد الزنا من صدق الولد لغه، و من انصـرافه إلی غيره، و عموم التحريم قوی، و لذا صـرح جماعه منهم الفاضل و ثانی المحققين و الشـهيدين بعدم تعدی الحكم إلی ولد الولد، لكن توقف فيه بعضهم، بل فی الدروس الجزم بالإلحاق، و هو لا يخلو من قوه، و إن كـان الأـحوط خلاـفه، كمـا أن الأـحوط الاقتصـار علی الـذكر، لأنه المنساق عرفا، لكن فی التـذكره و جامع المقاصد أنه لا فرق فی الولد بين الذكر و الأنثی، لشمول الاسم، و حينئذ لا إشكال فی الخنثی؛ و إن كانت مشكلا.

نعم قـد يتوقف فی المشـكل منها بناء علی اختصاص الحكم بالـذكر، فيحتمل التحريم للعموم، و الحل للأصل و، كـذا لا ربا بين المولی و مملوكه إجماعا بقسيمه و للخبرين السابقين (۱)و

صحيـح علی بن جعفر(۲)«سأل أخاه موسـی بن جعفر عليه السـلام عن رجل أعطی عبـده عشـره دراهم علی أن يؤدی العبـد كل شهر عشره دراهم، أ يحل ذلك؟ قال: لا بأس»

بل لا يتصور وقوع الربا بينهما بناء علی عدم ملكيه العبد، و لذا قيل أنه كان ينبغی ترك ذكره ممن كان يری ذلك.

نعم يتجه ذكره بنـاء علی الملكيه و مسـتنده حينئـذ مـا عرفت، اللهم إلاـ أن يقال: إن المراد هنا بالمملوك ما يشـمل المكاتب، و القائـل بعـدم ملكيه العبـد يقول بهـا فيه، لكن ذلـك مبنی علی إراده الأعم منه من النص و معقـد الإجماع، و ربما نوقش فيه بأن المنساق غيره.

نعم لاـ فرق بين القن و المـدبر و أم الولـد، لاـ أقـل من الشك فتبقی حرمه الربا علی عمومها، كما أن مقتضاها بل هو الظاهر من النص و الفتوی، بل هو كصـريح صحيح زراره(۳)قصـر الحكم علی غير المشترك، كما صـرح به جماعه، بل فی المختلف أطلق أصـحابنا، و مقصـودهم إذا لم يكن مشتركـا، و هو كـذلك، ضـروره ظهور النص و الفتوی فی اتحـاد المولی، و كون المملوك جميعه لا بعضه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحديث- ۱- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحديث- ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحديث- ۴-.

لکن قـد یقـال: إن مثل هـذا الظهور لا یرفع حکم البعض، کما فی زکاه الفطره و غیرها مما کان العنوان فیه نحو ما هنا، بل یظهر من النص و الفتوی اتحـاد قاعـده فی المبعض الـذی بعضه حر بالنسـبه إلی جریـان حکم الملـک و الحریه علی کل من الجزئین، فضلا عن العبد المشترک بین المالکین الذی یمکن القول فیه بحلیه الربا فیه بالنسبه إلی کل من مولییه، کإمکان

القول فی المبعض الحر أنه یصـح العقـد الربوی فیمـا قابـل الجزء الملـک، و یبطـل فیمـا قابل الجزء الحر، نحو ما یقال: فی المال المشترک بین الوالـد و غیره مثلا، فباعاه من الولـد لأحـدهما، فإنه یصـح العقـد بالنسـبه إلی نصـیب الوالد مع زیادته، و یبطل فی غیره.

علی أن الخبر المزبور(۱) - مع احتمال العله فیه، إقناعیه، لما تسمع فی المشترک الجزئی- ظاهر فی نحو المشترک الجنسی الذی هو بین المسـلمین، لاـ مثـل المشترک بین شخصـین مثلاـ أو مثل الـذی بعضه حر و بعضه رق و کـذا لا ربا بین الرجل و زوجته إجماعا أیضا بقسمیه، و لصحیح زراره(۲)المتقدم سابقا مضافا إلی

مرسل الصدوق (۳)عن الصادق علیه السلام «لیس بین المسلم و بین الذمی ربا، و لا بین المرأه و زوجها ربا»

و هو مضافا إلی الفتاوی و معاقـد الإجماعات، قرینه علی إراده الزوجه من الأهل، فی صـحیح زراره لا غیرها، ممن هو أهل عرفا، و الأکثر، کما فی الریاض، و المشهور کما عن الکفایه أنه لا فرق بین الدائمه و المتمتع بها؛ و به صرح الشهیدان و العلیان.

لکن قـد یناقش بعـد تسلیم صـدق اسم الزوجه بل و الأهل علیها، بأن المنساق إلی الـذهن الدائمه، خصوصا إذا کان المتمتع بها إلی أجل قصیر، و لم یکن متخذا لها اتخاذ الزوجه، بل اتخذها اتخاذ المسـتأجره، علی أن الدائمه هی التی ثبت لها التفویض فی مال

الرجل فی الجمله، کأخذ المأدوم و نحوه، کما أنها هی التی یتسلط الزوج علی مالها بحیث

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحدیث- ۲-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحدیث- ۵.

لا- يجوز لها العتق إلا- بإذنه، على ما فى بعض النصوص (۱)بل هما المتحدان فى المال عرفا؛ مضافا إلى عموم حرمه الربا التى ينبغى الاقتصار فى خلافها على المتيقن.

و لعله لذا تردد المقداد و الصيمرى كما قيل بل عن التذكره و إيضاح النافع و مجمع البرهان ثبوت الربا بينها و بينه؛ و وجهه ما عرفت؛ إلا- أنه قد يقوى التفصيل بين المتخذه أهلا- و غيرها، فلا ربا فى الأولى و يثبت فى الثانيه، و منه يظهر وجه التوقف فى المطلقه رجعيه إذ هى و إن كانت زوجه إلا- أنه قد يمنع صدق الأهل عليها، و الاحتياط لا ينبغى تركه، و ذلك لأن الجمع بين خبرى الزوجه و الأهل يقتضى اعتبار كل منهما، فإنهما شبه العامين من وجه.

و كذا لا ربا بين المسلم و أهل الحرب إجماعا بقسميه أيضا إذا أخذ المسلم الفضل، و لمرسل الصدوق (۲)و

المروى مسندا فى الكافى (۳)قال: «قال: رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم ليس بيننا و بين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم؛ و لا نعطيهم»

و الضعف غير قادح بعد الانجبار، كما أن خبر زراره يمكن اراده غير أهل الحرب من المشركين كأهل الذمه، بناء على جريان الربا فيهم أو غير ذلك، و لا فرق فى الحربى بين المعاهد و غيره، و لا فى كونه بين دار الإسلام أو الحرب، كما صرح به بعضهم بل عن ظاهر الخلاف، الإجماع على الأخير.

لكن قد يناقش فى الأول، بظهور المرسل فى غيره ممن هو محارب حال المعامله، إذ هو كالذمى الذى ستعرف البحث فيه، مضافا إلى وجوب الاقتصار فيما خالف العموم على المتيقن، و الأحوط اجتنابه.

و على كل حال فصريح المرسل المزبور أن المراد من نفى الربا بيننا و بينهم أخذه منهم، لا إعطاؤهم كما هو صريح جماعه و ظاهر آخرين، بل لا أجد فيه خلافا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب العتق الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحديث- ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحديث- ۲.

صریحا، و إن کان قد أطلق بعضهم إلا من القاضی فیما حکی عنه، فجوز أخذ کل منهما من الآخر، لکن لا ریب فی ضعفه، لعدم ما یصلح للخروج به عن عموم التحریم.

و یثبت الربا بین المسلم و الذمی قطعا إذا کان الآخذ الذمی و بالعکس علی الأشهر بل المشهور نقلا و تحصیلا بل علیه عامه المتأخرین إلا النادر، بل لم أجد فیه خلافا إلا ما سمعته من المرتضی و حکی عن ابنی بابویه و المفید و القطیفی، مع أنه قال بعض مشایخنا أنی لم أجد له ذکرا فی المقنعه.

و من ذلک یعلم ما فی دعوی المرتضی من الإجماع علیه الذی هو دلیل القول به، و

المرسل فی الفقیه (۱)«لیس بین المسلم و الذمی ربا»

الذی لا جابر له، و یمکن حمله علی إراده الحرمه منه، نحو ما سمعته من المرتضی فی نظائره؛ قبل أن یرجع إلی المشهور، أو علی أنهم حربیون فی زمن الغیبه کما ستسمع، علی أنه أرسل فی النافع روایه معارضه للمرسل، و إن لم أجدها إلا أن یرید قوله فی

صحیح زراره(۲)«المشرکون بینهم و بین المسلمین ربا»

المؤید للعمومات فی الجمله، و حمله علی إراده ثبوته حیث یکون الأخذ من المسلم، ینفیه ظهوره أو صراحته فی الأعم من ذلک، فلا ریب فی أن الأحوط إن لم یکن الأقوی جریان الربا بینهم، إلا إذا خلعوا شرائط الذمه، فإنهم یکونون حینئذ حربیین، بل یظهر من بعضهم أنه کذلک فی زمن الغیبه و ما شابهها من قصور الید، و إن کانوا لا یغتالون، لشبهه الأمان، و لعله لعدم من یعقد معهم، عقد الذمه و شرائطه، و لم یثبت ولایه حاکم الجور فی ذلک، هذا.

و قد یقال فی أصل المسأله أن المراد بنفی الربا بین المسلم و الحربی، یأخذ منه و لا یعطیه عدم حرمه ذلک علی خصوص المسلم الذی له التوصل بکل طریق إلی أخذ مال الحربی، لأنه هو و ماله فی ء للمسلم، فله السرقه و نحوها، لا أن المراد نفیه علی نحو نفیه بین

الولد و الوالد، و حینئذ فالمعامله بینهما باطله توجب حرمه الثمن علی الکافر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحدیث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الربا الحدیث- ۳.

و يحرم عليه دفع الربا، و للمسلم أخذه منه بتوسط هذه المعامله التى هى فاسده فى الواقع، و صحيحه بزعم الحربى، نحو شراء ولده منه، فإنه شراء صورى مقدمه للاستيلاء على الولد، ليملكه به، لا بالشراء، كذا ما نحن فيه فإن ملكه لما يأخذه منه بالاستيلاء لا بالبيع الربوى، و ربما يؤيد ذلك ما سمعته فى صحيح زراره من ثبوت الربا بيننا و بينهم مطلقا، و لكن فى خصوص الحربى لنا استنقاذ ماله منه بالمعامله المزبوره على حسب ما عرفت.

و منه يعلم جريان الربا بيننا و بين سائر فرق الكفار المحترم ما لهم بذمه، أو صلح، أو أمان أو عهد، أو غير ذلك، بخلاف غير محترمى المال، فإن له التوصل إلى الاستيلاء على مالهم بالمعامله المزبوره، ليملكه به، لا بها؛ بل الظاهر جواز كل معامله فاسده معهم بهذا القصد، لا بقصد ترتب الأثر على المعامله، و إلا فمن البعيد اختصاص الكافر هنا بحليه دفع الربا للمسلم دون أخذه منه، و دون أخذه من غيره من قومه فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع، و منشأ الوهم الاشتراك مع غيره، بنفى الربا لما عرفت و المراد بهما متغاير و اللّه أعلم.

[المسأله الثانيه لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاه]

المسأله الثانيه المشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلا أنه لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاه بل فى المختلف لم نقف فيه على مخالف منا غير ابن إدريس فجوز، و قوله محدث لا يعول عليه؛ و لا يثلم فى الإجماع، و فى الدروس نسبته إلى الشذوذ بل عن الخلاف و الغنيه الإجماع عليه و هو الحجه بعد

النبوى (۱)و إن كان عاميا على الظاهر «نهى النبى صلى اللّه عليه و آله عن بيع اللحم بالحيوان»

و موثق غياث (۲)على ما قيل عن الصادق عليه السلام: «أن أمير المؤمنين كره بيع اللحم بالحيوان»

بناء على إراده الحرمه منها فى خصوص المقام و لو ل

ما فى المعتبره(۳)من أنه عليه السلام «لا يكره الحلال»

كما

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۰.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الربا الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الربا الحديث- ۱.

فی بعض و إلا الحرام فی آخر، و للإجماعین المعتضدین بالشهره.

لا- أن الحجه فیه تحقق الربا، کی یرد علیه أن الحیوان غیر موزون، إذ الظاهر إراده الحی فی محل النزاع، کما اعترف به فی المسالک؛ بل هو ظاهر التذکره أو صریحها، کالمحکی عن السرائر بل عن نهایه الأحکام و فخر المحققین و غیرهما جعل النزاع فیه، فما عساه یظهر من المختلف من کون النزاع فی الأعم، و من المحکی من مجمع البرهان فی خصوص المذبوح فی غیر محله، کما أن الاستدلال علیه فی المحکی عن إیضاح النافع بأن القوم أجروا ما یجری علیه الوزن عاده، مجری الموزون و إن کان فی الحال غیر موزون؛ و لهذا لا یجوز بیع الرطب بالتمر علی النخل کذلک أیضا، ضروره عدم الدلیل علی ذلک، بل ظاهر الأدله خلافه، خصوصا ما دل (۱)منها علی جواز بیع الثوب بالثوب و بالغزل، لخروجه بالصفه عن کونه موزونا الذی أفتی به الفاضل و الشهید و المحقق الثانی، بل ربما ظهر منهم أو بعضهم تعدیه الحکم إلی الآنیه من الحدید و الصفر، إذا لم تجری العاده بوزنها؛ بل و المصنوع من النقدین کالخاتم و الظروف و المراکب المحلاه، فما حکاه عن القوم لم نتحققه.

نعم قال فی القواعد و التذکره و التحریر: «إن المراد أی فی باب الربا جنس المکیل و الموزون، و ان لم یدخلاه لقلته کالحبه و الحبتین، أو لکثرته کالزبره؛ أی القطعه من الحدید»، و ظاهره کما اعترف به فی الحواشی المنسوبه إلی الشهید و جامع المقاصد أنه یجب الکیل و الوزن فی البیع إذا کان المبیع مکیلا- أو موزونا بالفعل، فلو بیع ما لا یوزن عاده لقلته أو کثرته و جنسه مکیل کفی فی صحه بیعه المشاهده، إذا بیع بغیر جنسه، و

أما إذا بیع بجنسه لم یجز کما فی الأول و لا بد من المساواه کیلا إن کان مکیلا و إلا فوزنا، کما فی الثانی، و یمکن أن یکون ذلک فی خصوص ما کان المانع من کیله أو وزنه القله أو الکثره، لا غیرهما من الأحوال، ککون الثمره علی الشجره و نحوها، مع أنه لا یخلو من نظر.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الربا الحدیث ۱.

و بالجمله لا ریب فی أنه لیس المنع فی کلام الأصحاب هنا ملاحظه الربا، و إلا لما صح إطلاقهم المنع الشامل لصوره المساواه و زیاده اللحم علی الحیوان و بالعکس، و لا اتجه لهم المنع حتی فی بیع الحیوان بالحیوان الذی من الواضح فساد القول به، و کان منشأ الوهم ذکرهم هذه المسأله فی باب الربا، و زاده إیها ما تقیید غیر واحد من الأصحاب المنع بما إذا کان من الجنس و أنه یجوز البیع بغیر جنسه کلحم البقر بالشاه بل هو المشهور بین المتأخرین بل فی الغنیه و التنقیح الإجماع علیه، بل قیل إن إجماع الخلاف منطبق علیه أیضا، و کأنهم فهموا من إطلاق المقنعه و النهایه و المراسم و القاضی علی ما حکی عن بعضهم عدم جواز بیع الغنم باللحم و إراده اللحم من الغنم، بل لعلهم فهموا ذلک أیضا من خبر غیاث (۱).

نعم قیده المصنف بقوله لکن بشرط ان یکون اللحم حاضرا و لعله لعدم جواز بیع اللحم

نسیئه، کما نص علیه ابن إدریس فی المحکی عنه هنا، قال کما فی المختلف:

«یجوز ذلک أی بیع اللحم بالحیوان إذا کان موزونا سواء اتفق الجنس أو لا یدا بید، و سلفا أیضا إن کان اللحم معجلا دون العکس إذ لا یجوز السلف فی اللحم، و یجوز فی الحیوان، و یأتی تمام الکلام فی السلم إنشاء اللّه تعالی.

و کیف کان فذلک کما تری لا دلاله فیه علی أن المنع فیه للربا، إذ لیس فی النهایه إلا «لا یجوز بیع الغنم باللحم لا جزافا و لا وزنا» و مثلها المقنعه بزیاده لأنه مجهول، و نحو هما غیرهما فی عدم الإشاره إلی کون المنع للربا، فلا ریب فی بطلان الاستدلال به لهم، بل منه یعلم فساد ما ذکره ابن إدریس حیث احتج علی مطلوبه بأن المقتضی للجواز- و هو قوله تعالی(۲)«أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ»،- موجود، و المانع و هو الربا منفی إذ الربا إنما یثبت فی الموزون، و الحیوان الحی لیس بموزون، إذ فیه ما عرفت من عدم کون المانع الربا، و أجاب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الربا الحدیث- ۱.

۲- ۲ سوره البقره الآیه- ۲۷۵.

عنه فی المختلف بالمنع من نفی المانع؛ و من کون المانع هو الربا خاصه، ثم قال: و لو قیل بالجواز فی الحیوان الحی دون المذبوح جمعا بین الأدله کان قویا.

و فیه أنه لا وجه للمنع من نفی المانع إذ احتمال أنه من الربا بتخصیص ما دل علی

اشتراطه بالکیل فی غیر المقام کما تری، و إن جزم به فی الریاض علی أنه ینبغی جوازه مع المساواه، مع أن المعظم و الجمیع أطلقوا المنع.

نعم قیده بعض المتأخرین بغیر المساواه بناء منه علی أن المنع من جهه الربا مضافا إلی أنه لیس فی خبر غیاث (۱)دلاله علی کون المنع من جهه الربا، کی یقید به تلک الأدله، و أما ما ذکره من التفصیل فإنه و إن استجوده الشهید فی حواشیه، و قال به المحقق الثانی فی جامع المقاصد و تعلیق الإرشاد، و قواه الشهید الثانی فی المسالک و الروضه، لکن منشأه علی الظاهر ما أومأ إلیه فی المختلف من الجمع بین ما دل علی الحرمه کالروایه، و الإجماع المحکی و إطلاقات الحل و الجواز، فیحمل الأول علی ما إذا کان مذبوحا، لتحقق شرط الربا فیه، و الثانی علی الحی لفقد شرط الربا فیه.

و من هنا صرح بعضهم بالکراهه فی الحی للشبهه الناشئه من إطلاق القول، و الروایه بالحرمه، و قد ظهر لک مما ذکرنا ما فیه، إذ لا حاجه لحمل المنع علی کونه من جهه الربا، کی یحتاج إلی ذلک، و إلی حمل النص و معقد الإجماع و الفتاوی المتضمنه للفظ الحیوان و الشاه أو الغنم علی خلاف ظاهره، ضروره ظهورها جمیعا فی الحی؛ علی أن تنزیل ما دل علی الربا علی المذبوح قد یناقش فیه، بأنه غیر مکیل و لا موزون قبل السلخ، بل تعارف فی زماننا بیعه جزافا بعد السلخ إذا کان جمله، بل من المعلوم أن الرأس لا یباع إلا جزافا، و الإکتفاء بموزونیه جنسه أی اللحم قد عرفت ما

فیه؛ بل قد یمنع کون جنس الحیوان المذبوح اللحم.

و کذا یظهر لک ما فی التذکره، فإنه بعد أن ذکر أن المشهور علی المنع قال:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الربا الحدیث ۱.

«و الأقرب عنـدى الجواز على كراهيه، للأصل السالم عن معارضه ثبوت الربا لفقد شـرطه، و هو التقدير بالكيل أو الوزن، المنفى فى الحيوان الحى، و امـا الكراهيه فللاختلاـف، بـل صـرح بعـد فى كلامه بـأن المنع على تقـديره إنما هو من جهه الربا» و فيه ما عرفت و لعـل مـا فى النـافع و التحرير و الإرشـاد من الحكم بـالجواز مبنيـا على أن كـون المنـع للربـا، و هـو منتـف لفقـد شـرطه، كالمحكى عن الابى و الخراسانى و الكاشانى؛ أو لأن غياثا تبرى لا يعمل بخبره.

و فى الأول ما عرفت، و فى الثانى مع ان غير واحد وصف الخبر بكونه موثقا، بل فى المختلف أن أصحابنا وثقوه و هو منجبر بما عرفت، و معتضد بالإجماعين السابقين، و منه يعلم الحال فى المناقشه فى متنه للتعبير فيه بلفظ الكراهه.

و نحوها المناقشه بأن مقتضاه مطلق المعاوضه، و أن المنع و لو بغير الجنس و الأصحاب لا يقولون به، إذ يدفعهما انصراف البيع و الجنس منه، أو إراده ذلک منه و لو بمعونه كلام الأصحاب، و احتمل فى الرياض إراده المثال بذكر البيع فى الفتاوى و هو بعيد، منـاف لقاعـده الاقتصـار فيمـا خـالف الأصل على المتيقن منعه من النص و الفتوى، فظهر لک من ذلک كله أن قول ابن إدريس ضعيف، و إن وافقه عليه جمـاعه ممن تـأخر عنه، كالمصـنف فى النـافع و الفاضـل و المحقق الثـانى و الشـهيدان فى الحواشـى و المسالـک و الروضه و غيرهم، إلا أن منشأ الجميع ما عرفت مما هو واضـح البطلان، فالقول حينئـذ بما عليه المشـهور لا يخلو من قوه.

لكن قد ظهر لک من كلام هؤلاء المتأخرين أنه لا إشكال فى المنع فى المذبوح لوجود شرط الربا فيه، و قد عرفت المناقشه فيه، فبناء على ظهور الخبر و معاقـد الإجماعات فى الحى، يتجه الجواز حينئـذ فى المـذبوح لعـدم شـرط الربا فيه، اللهم إلا أن يـدعى الإجمـاع عليه من الجميع، و دونه خرط القتـاد، بعـد أن علمت أن البحث فى تلـک العبـارات فى الحى لا فى المـذبوح، كما عن الأردبيلى الجزم به، و لا فى الأعم منه و من

الحى، كما عساه يظهر من المختلف، إلا أن الاحتياط لا ينبغى تركه، ثم إن الظاهر عدم الفرق فى الحكم المزبور بين كون اللحم ثمنا و مثمنا، و إن اختص أكثر العبارات بالثانى، لكن المحكى عن جمله من القدماء التعبير بالأول.

نعم ينبغى الاقتصار بناء على ما ذكرنا على ما يسمى لحما، فالكرش و الكبد و نحو هما لا يدخل فى المنع، بل قد يتوقف فى اندراج بيع لحم السمك بالسمك الحى، لعدم انصراف لفظ اللحم اليه، هذا و ربما يقال فى أصل المسأله- خصوصا بملاحظه ما سمعته من المعتبره من التعليل بالجهاله- إن المراد من إطلاق الفتوى من قدماء الأصحاب عدم جواز ما يستعمل من دفع رؤس من الغنم إلى القصاب بمقدار من اللحم يؤخذ منه تدريجا، أو يبيع القصاب مقدارا من اللحم فى ذمته لصاحبها بها.

و على كل حال فهو باطل لعدم إمكان ضبط اللحم المختلف باختلاف الحيوان زمانا و مكانا و أكلا و سمنا و غير ذلك، فالمراد حينئذ عدم جواز بيع اللحم سلفا و لا كونه ثمنا نسيئه بالحيوان، و لعل تخصيص ذلك؛ بالحيوان تنبيها على ما كان يستعملونه بل ربما استعملوه على نحو العريه من بيعه بمقدار من اللحم منه الذى لا- إشكال فى بطلانه، لاتحاد الثمن و المثمن فيه، كما أن الوجه فى ذكر الأصحاب ذلك، ذكره فيما سمعته من النص و بذلك ينطبق ما سمعته من التعليل بالجهاله، ضروره عدمها فى الحيوان، و فى اللحم المشاهد، و كان التفصيل بالجنس و غيره من المتأخرين الذين توهموا كون موضوعه من الربا، و الا فالقدماء لا تفصيل فى كلامهم، فتأمل جيدا و لاحظ، فإنه نافع إنشاء اللّه.

[المسأله الثالثه يجوز بيع دجاجه فيها بيضه بدجاجه خاليه]

المسأله الثالثه لا- خلاف بيننا فى أنه يجوز بيع دجاجه فيها بيضه بدجاجه خاليه أو فيها بيضه أو ببيضه، لوجود المقتضى من الأصل و غيره، و عدم المانع، إذ ليس إلا الربا، و هو منفى بانتفاء شرطه، إذ الدجاجه غير مقدره بالكيل و الوزن، و ما فى بطنها ما دام كذلك كالثمره على الشجره، و لأنه تابع غير مقصود، و المخالف الشافعى، و لا ريب فى ضعفه، و كذلك لا خلاف عندنا فى جواز بيع شاه فى ضرعها لبن بشاه

فی ضرعها لبن أو خالیه: أو بلبن و لو کان من لبن جنسها، بل عن التذکره نسبته إلی علمائنا لعین ما ذکرنا، و کذا بیع شاه علیها صوف، بصوف و شاه لیس علیها صوف، و نخله لیس علیها تمر بأخری خالیه أو ذات تمر.

[المسئله الرابعه القسمه تمیز أحد الحقین و لیست بیعا]

المسئله الرابعه: القسمه تمیز أحد الحقین أو الحقوق عن الأخر و لیست بیعا عندنا و لا معاوضه، فتصح فیما فیه الربا و لو أخذ أحدهما الفضل للأصل و الإطلاقات و فی المسالک دعوی الوفاق علیه، و من جعلها بیعا مطلقا، أو مع اشتمالها علی الرد یثبت فیها الربا، و تجوز القسمه کیلا و خرصا للأصل و لو کانت الشرکه فی رطب و تمر متساویین فأخذ أحدهما الرطب جاز و إن کان ینقص إذا جف بعد ذلک، لما عرفت من عدم جریان الربا فعلا فیها، فضلا عن مثل ذلک.

و لکن تفصیل الأمر فیها محرر فی کتاب القسمه من القضاء بل و الشرکه، فإنه قد ذکرنا بعض الکلام فیه، و العمده تحریر کون حصه الشریک کلیا فی المال الخارجی مشاعا، علی معنی صدقه علی أفراد متعدده؛ و بالقسمه مع القرعه لیتمیز و یتشخص، أو أنها حصه شائعه فی الاجزاء علی وجه یکون لکل منهما نصیب فی کل جزء جزء فبالقسمه لا بد أن تکون من کل منهما أجزاء من ملکه عند الأخر، و مقتضی ذلک کونها حینئذ معاوضه، بل مقتضاه فیما لو کانت الشرکه بین الوقف و الملک، تبدیل أجزاء الوقف بالملک و بالعکس، بل مقتضاه اجتماع مالکین علی مملوک واحد إذا قلنا بالجزء الذی لا یتجزی، فإنه لا یکون قابلا للقسمه، و قد أشبعنا الکلام فی ذلک فی محله، و لعل إجماعهم علی الظاهر هنا بعدم جریان الربا حتی من القائل بعمومه لکل معاوضه مما یؤید الأول فلاحظ و تأمل.

[المسأله الخامسه یجوز بیع مکوک من الحنطه بمکوک و فی أحدهما عقد التبن و دقاقه]

المسأله الخامسه یجوز بیع مکوک من الحنطه بمکوک و فی أحدهما عقد التبن و دقاقه دون الأخر و کذا لو کان فی أحدهما زوان أو یسیر من تراب، لأنه مما جرت العاده بکونه فیه فیصدق المساواه معه بلا خلاف أجده فیه بیننا، لکن عن

المبسوط «و قال قوم: لا يجوز و هو الأحوط» و لعله يريد من العامه إلا أنه لا ينبغی الأمر بالاحتياط لخلافهم.

نعم لو كـان ذلك مما لا يتسامـح به فی العاده لم يجز لصـدق التفاضل، بل و لأنه إذا كان الخليط مما له قيمه، كالشـيلم و نحوه، جاز بصرف زياده الخالص حينئذ إلی مخالف الجنس، كما أنه يجوز بحنطه مشتمله علی ذلك، صرفا لكل جنس إلی ما يخالفه، أما إذا لم يكن له قيمه لم يجز بالخـالص و لاـ بغيره، إذا لم يعرف قـدر التفـاوت، و إلا جاز علی الظاهر، و ليست الحنطتان ذات الترابين كالجنسـين الرطبين التی لا يعلم تساويها بعد الجفاف، ضروره كون الرطوبه حينئذ من اجزاء الجنس، و ليست هی مستقله بنفسـها، بخلاـف التراب كمـا هو واضـح، و المكوك: كثبور: مكيـال يسع صاعـا و نصـفا و نصف رطـل، أو ثلاـث كيلجـات، و الكيلجه: من و سبعه أثمان المن، و المن: رطلان: و اللّه أعلم.

[المسأله السادسه يجوز بيع درهم و دينار بدينارين و درهمين و يصرف كل واحد منهما إلى غير جنسه]

المسأله السادسه لا خلاف بيننا أيضا فی أنه يجوز بيع درهم و دينار، بـدينارين و درهمين و يكون فی الصـحه بمنزله أن يصـرف كل واحـد منهما إلی غير جنسه و إن لم يقصدا ذلك و كذا لو جعل بدل الدينار أو الدرهم شـی ء من المتاع، و كذا مد من تمر و درهم، بمـدين أو أمـداد و درهمين أو دراهم إذ هو و إن لم يكن فی كـل منهما جنس يخالف الأخر، إلا أن الزياده تكون فی مقابـل الجنس المخالف فی أحـدهما، فهو فی الصـحه حينئـذ كـذی الجنسـين، و لا خلاف بيننا فی الجميع، بل الإجماع بقسـميه عليه، بل المحكی منه مستفيض جدا إن لم يكن متواترا.

مضافا إلی الأصـل و العمومات، و اختصاص أدله التحريم بحكم التبادر و السـياق بغير مفروض المسأله، و النصوص المستفيضـه التی فيها الصحيح و غيره، منها- ما

عن البجلی (۱)قال:

«سألته عن الصرف فقلت إن الرفقه ربما خرجت عجلا فلم أقدر علی الدمشقيه و البصريه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الصرف الحديث- ۱- مع اختلاف يسير.

و إنما يجوز(١)«بسائر» الدمشقيه و البصريه، فقال: و ما الرفقه؟ فقلت: القوم يترافقون و يجتمعون للخروج فإذا عجلوا فربما لم نقدر على الدمشقيه و البصريه، فبعثنا بالغله فصرفوا ألفا و خمسمائه درهم منها بألف من الدمشقيه و البصريه، فقال: لا خير فى هذا، فلا يجعلون معها ذهبا لمكان زيادتها؟ فقلت له: أشترى ألف درهم و دينارا بألفى درهم فقال لا بأس بذلك، إن أبى كان أجرأ على أهل المدينه منى، و كان يقول: هذا، فيقولون:

إنما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم؛ و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، و كان يقول لهم: نعم الشى ء الفرار من الحرام إلى الحلال».

و

فى صحيحه الآخر(٢)عن أبى عبد اللّه عليه السلام «قال: كان محمد بن المنكدر يقول لأبى جعفر عليه السلام: يا أبا جعفر رحمك اللّه و اللّه إنا لنعلم أنك لو أخذت دينارا و الصرف ثمانيه عشر فدرت المدينه على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته، و ما هذا إلا فرار، و كان أبى عليه السلام يقول: صدقت و اللّه و لكنه فرار من باطل إلى حق»

و

فى الصحيح الآخر(٣)عن أبى عبد اللّه عليه السلام «لا بأس بألف درهم و درهم، بألف درهم و دينارين إذا دخل فيها دينار ان أو أقل أو أكثر فلا بأس»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على المطلوب.

و ربما ظهر منها ما ذكره غير واحد من الأصحاب، بل نسبه إليهم غير واحد، مشعرا بدعوى الإجماع عليه، من صرف كل من الجنس إلى المخالف، كما أن الزياده تنصرف إليه إذا كانت فى أحدهما، و مقتضاه حينئذ الصحه فيما لو باع مد تمر و درهما بمدين، أو بدرهمين، أو بمدين و درهمين ثم تلف الدرهم أو المد قبل قبضه، فيصح البيع فى الأول بمد أو درهم، و فى الأخير بمدين أو درهمين، لانفساخ البيع شرعا فيما يقابل الزياده أو الجنس المخالف، و إن لم يكن هو مقتضى المقابله عرفا، و هو الذى مال إليه المحقق الثانى، و الشهيد الثانى إذا كان كل من العوضين مشتملا على جنسين.

١- ١ هكذا كان فى النسخه الأصليه و فى الكافى« بسابور» و فى الوسائل نيسابور».

٢- ٢ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الصرف الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الصرف الحديث- ۴.

و فيه أن دعوى ظهور الأدله فى الانصراف على الوجه المزبور محل نظر أو منع، إنما المسلم منها بالنسبه إلى حكم الربا، بمعنى أنه لا- يتحقق و يكون كما لو خصت الزياده أو الجنس المخالف فى عدم جريان الربا، لا ان المراد جريان سائر الأحكام على ذلك، حتى لو كانا مثلا لمالكين اختص كل واحد منهما بما يخالفه، و إن لم يكن مقابلا لما له و كذا بالنسبه إلى حكم الصرف فلو بيع مثلا- فضه و نحاسا بفضه و نحاس لم يجب التقابض فى المجلس للانصراف المزبور إلى غير ذلك من الاحكام التى يصعب التزامها مع عدم ظهور الأدله فيها، بل فى نصوص (۱)الصرف الآتيه ما يشهد بخلافها، مضافا إلى مخالفتها القواعد المحكمه، خصوصا الالتزام بثمن لم يكن مقصودا أنها ثمن على كل حال، بل لعل المقصود خلافه، بل ظاهر النصوص السابقه(۲)كبعض العبارات أن الضميمه على الوجه المزبور من الجانبين أو من جانب واحد؛ من الحيل الشرعيه للتخلص من الربا، جاريه على مقتضى الضوابط ليس فيها أثر للتعبد أصلا، و إنما نبه الشارع عليها تنبيها، و إلا فمبناها أنه بذلك يخرج عن صدق بيع المتجانسين متفاضلا، و ذلك لأن أجزاء الثمن مقابله بأجزاء المثمن على الإشاعه، فلا تفاضل حينئذ فى الجنس الواحد فى عقد البيع، لانضمام جنس آخر معه، فقول الأصحاب بانصراف

كل جنس إلى مخالفه أو الزياده إليه، يراد به ما ذكرنا، لا أن ذلك حكم شرعى تعبدى، إذ عليه لا تكون حيله كما هو واضح، فلا ريب حينئذ فى بطلان القول بالصحه فى الفرض على هذا الوجه.

و من هنا احتمل غير واحد البطلان فى مفروض المسأله، إذا حصل الربا بعد إسقاط ما يقابل التلف بالنسبه، كما لو باع مد أو درهما بمدين و درهمين مثلا، و تلف الدرهم لمفروض أنه نصف المبيع، لكون قيمه المد درهما بطل البيع فى نصف الثمن، و يبقى لنصف الآخر، و حيث كان منزلا على الإشاعه، كان النصف فى كل من الجنسين، فيكون نصف المدين و نصف الدرهمين فى مقابل المد، فيلزم الزياده الموجبه للبطلان، بل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الربا الصرف.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الربا الصرف.

جزم به المحقق الثانى إذا كان المشتمل على الجنسين أحد العوضين، و المقابل له فى الأخر الزياده، و كان التالف المخالف، و كان التقسيط فى الباقى يقتضى الزياده.

و فيه منع تحقق الربا لهذه الزياده التى لم يبن العقد عليها، و إنما حصلت بالتقسيط، و إلا لاتجه البطلان من أول الأمر، مع أن الإماميه على خلافه، فى مقابل ما حكى عن الشافعى من البطلان فى كل ما اقتضى التقسيط فيه الزياده، و رد بأن المعلوم من أدله الربا حرمه الزياده فى نفس العقد، لا ما إذا كانت بمقتضى التقسيط فى العقد الذى قد وقع المقابله فيه بالمجموع، و هو بعينه جار فيما نحن فيه، ضروره أن الزياده المفروضه إنما كانت بحسب التقسيط الذى احتيج إليه لمكان التلف، و إلا فالعقد لا زياده فيه، فصحته مستصحبه، و تبعض الصفقه لو سلم عدم خروج الباقى بها عن كونه معاوضه، و عن كونه بيعا؛ إلا أن المتيقن من أدله الربا الزياده فى نفس العقد الأول لا المتجدد.

نعم قد يقال فيما لو انكشف استحقاق بعض الثمن مثلا- باعتبار تحقق الزياده حينئذ من أول الأمر و إن كانت مجهوله، مع أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق بين صورتى التلف قبل القبض و الخروج مستحقا، و هو محتاج إلى التأمل.

و كيف كان فالأجود فيما نحن فيه الصحه و إن حصلت الزياده، كما عن السيد عميد الدين الجزم به، مع أنه يمكن فرض التقسيط على وجه لا يستلزم الربا، بأن يجعل نصف الدرهم التالف مثلا، فى مقابل مثله من الشى ء، و نصفه الأخر فى مقابل مد و نصف من الثمن، فيكون نصف المد فى مقابل نصف مد و النصف الأخر فى مقابل درهم و نصف و حينئذ، فكل من نصفى المبيع فى مقابل ما يساوى درهمين من الجنسين معا، فلا زياده فى الجنس الواحد.

و لعل وجهه أن أجزاء المبيع لما قوبلت بأجزاء الثمن على طريق الشيوع، لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور، فإن صيانه العقد عن الفساد مع إمكان السبيل إليه متعين، و هو جيد بعد وجود مرجح له على غيره، ضروره عدم انحصار التقسيط

الـذی یتلخص به من الربا فیه، إذ یمکن جعل ثلث الـدرهم مثلا فی مقابل ثلث درهم من الثمن، و ثلثاه فی مقابل مد و ثلثین من المثمن، و یجعـل ثلث المـد من المبیع فی مقابـل مثله من الثمن، و ثلثـاه فی مقابـل الباقی من الـدرهمین، و هو درهم و ثلثان، أو یجعل الربع أو ما دونه، أو ما فوق النصف، أو غیر ذلک من الطرق التی لا ترجیح لواحد منها علی الأخر.

بل قیل و علی التقسـیط یصـرف کل جنس إلی ما یخالفه بل ربما، رجـح علیها بنص الأصـحاب إلا انک قد عرفت ما فیه، مضافا إلی أن التحقیق مقـابله أجزاء الثمن باجزاء المثمن علی الإشاعه- لا أن المنزل علیه البیع قبل التلف مقابله المجموع بالمجموع من دون تعیین کونه علی الإشـاعه أو غیره، فـإذا تلف احتجنا إلی التعیین فنحتاج إلی مرجـح، ضـروره ظهور قصـد المتعاملین بمقابله أجزاء المـبیع بـأجزاء الثمـن علی الإشـاعه، و کـان الرجـوع إلیه فی التلـف و فی العیب و فی ظهـور الاسـتحقاق و غیر ذلـک من المقامـات، لابتنـاء العقـد علیه، فظهر حینئـذ أن المصـحح للبیع هو المنزل علیه عنـد التلف، فحینئـذ یبطـل منه فیمـا نحن فیه علی الإشاعه، إلا أنه إذا تراضـیا علی ما یتحقق به الزیاده فی هـذا الحال لم یتحقق الربا، لما عرفت من ظهور أدلته فی الزیاده فی نفس العقد.

و من هنا کان لا فرق عندنا فی ذلک بین اشـتمال کل من العوضـین علی جنسـین مختلفین، و بین اشـتمال أحدهما علی ذلک و مقـابلته بالزیـاده، و إن کـان یمکن منـع فرض تحقق الزیـاده فی الأـول علی الجنس الواحـد بعـد فرض الإشـاعه فی الاـجزاء، إلا بالتراضـی منهما علی ما یحصل به ذلک، و قـد عرفت عدم البأس فیه عندنا، فلا یجب علیهما اختیار مالا یتحقق به ذلک تخلصـا من الربا.

- أنه و إن تعاسـرا فی أفراده رجعـا إلی القرعه أو الحـاکم أو أن التخییر للبائع، لأن الثمن قـد انتقل إلیه بالعقـد، و المسـتحق علیه إرجاع أمر کلی فیخیر فی أفراده أو للمشتری إذا لم یکن قد دفعه إلی البائع، أو غیر ذلک مما لا یحتاج إلیه بعد ما ذکرنا،

و منه یعلم ما فی خیره السید فی الریاض من وجوب التقسیط بما لا یحصل معه الربا و اللّٰه اعلم.

[التخلص من الربا]

و کیف کان فقد عرفت مشروعیه الاحتیال فی التخلص من الربا، نصا و فتوی إذ هو فرار من الباطل إلی الحق، و قد یتخلص من الربا أیضا بأن یبیع أحد المتبایعین سلعته من صاحبه بجنس غیر جنسها، ثم یشتری من الآخر سلعته بالثمن الذی باع به سلعته، و حینئذ یسقط اعتبار المساواه، ضروره عدم بیع کل منهما بالاخر حتی یشترط ذلک تخلصا من الربا، فلو باع مثلا وزنه من الحنطه بعشره دراهم، ثم اشتری منه وزنتین بذلک صح.

و کذا لو وهبه أحدهما سلعته ثم وهبه الأخر الأخری من غیر معاوضه و إلا بنی الحال علی اختصاص الربا بالبیع و عدمه، أو أقرض سلعته صاحبه، ثم أقرضه هو و تبارءا، و کذا لو تبایعا متساویا و وهبه الزیاده إلی غیر ذلک مما یخرج عن بیع المجانس بمثله متفاضلا لکن قال المصنف هنا کل ذلک من غیر شرط (۱۱) و هو متجه فی الأخیر، ضروره حصول الزیاده باشتراط هبه الزیاده، لما عرفت سابقا من تحقق الربا بالزیاده فی العقد و لو حکما کاشتراط الأجل و نحوه، و فی سابقه علی إراده القرض بشرط قرض الجنس الأخر، و التباری بعد ذلک، فإن الظاهر تحقق ربا القرض بمثل ذلک، بل فی الهبه بشرط الهبه، بناء علی عموم الربا للمعاوضات، إذ الظاهر کون ذلک من الهبه المعوضه، أما الأول و هو البیع بثمن مخصوص مشترطا علیه بیع الجنس الأخر بذلک الثمن، فلا أری به بأسا، لوجود مقتضی الصحه، و عدم المانع، فإن أراد المصنف ما یشمل ذلک، کان محلا للنظر، فتأمل.

و کیف کان فلا یناقش فی هذه الحیل- بعدم قصد هذه الأمور أولا و بالذات، و من المعلوم تبعیه العقود للقصود- لاندفاعها بالمنع من عدم القصد، بل قصد التخلص من الربا المتوقف علی قصد الصحیح من البیع و القرض و الهبه و غیرها من العقود کاف فی حصول

ما یحتاج إلیه البیع من القصد، إذ لا یشترط فی القصد الی عقد قصد جمیع الغایات المترتبه علیه، بل یکفی قصد غایه من غایاته، و اللّه أعلم.

المسأله السابعه لا ریب فی أن مقتضی ما دل علی حرمه الربا و فساد المعامله المشتمله علیه، وجوب رد الزیاده خاصه، المأخوذه بالقرض و نحوه، ضروره بقاؤها علی ملک المالک، معینه أو مشاعه، فحکمها حکم غیرها من الأمور التی للغیر، فی الرد و الصدقه و نحوهما من مسائل الاشتباه للمال و الصاحب أولهما، مما هو مقرر فی کتاب الخمس و غیره من محاله، من غیر فرق فی ذلک بین العلم و الجهل.

و أما لو کان الربا فی عقد المعاوضه، فالمتجه حینئذ فساد المعامله فیبقی کل من العوضین علی ملک صاحبه لا الزیاده خاصه، إذ الفرق بینه و بین القرض واضح، و حینئذ یجری فیه ما یجری فی باقی المعاملات الفاسده، من غیر فرق أیضا بین العالم و الجاهل إلا فی الإثم و عدمه، إذا کان غیر مقصر فی البحث و التفحص، و لو لأنه غیر متنبه، إلا أن الأصحاب هنا لم یفرقوا بین الموضوعین، فأطلقوا وجوب رد الزیاده إذا کان حال تناولها عالما بالتحریم، بل نفی بعضهم عنه الخلاف فیه، بل عن المقداد و الکرکی الإجماع علیه، و هو الحجه مضافا إلی ما سمعت، قیل: و إلی قوله تعالی (۱)«وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ» و غیرها من الآیات الأخر الناصه هی کالروایات بحرمه الربا الذی هو الزیاده لغه، الموجبه لعدم الملکیه، فیلزم الرد مع معرفتها قدر أو معرفه الصاحب بالضروره، قلت قد عرفت أن مقتضاها ذلک فی الربا فی نحو القرض: أما البیع فالفساد، و علی کل حال فالمتجه حینئذ کونه کغیره من الأموال المحترمه، فی التصدق به عن المالک إذا لم یتمکن من معرفته، و

غیر ذلک مما هو مقرر فی محله، نعم خلت نصوص المقام التی ستسمعها مع أنها فی مقام البیان، عن ذکر الحکم بإخراج الخمس لو کان مختلطا بالحلال، و لم یعرف المقدار و لا الصاحب، بل ظاهر بعضها حل الجمیع، و لکن لم یعمل بها الا نادر من الطائفه، و مع ذلک فظاهر سیاقها الجهل بالحرمه خاصه،

۱- ۱ سوره البقره الآیه- ۲۷۹.

فالعمل بالنصوص (۱)المتقدمه فی مبحث الخمس العامه لما نحن فیه المفتی بها فی المقام أیضا أقوی منها، و إن کانت خاصه، و إن کان جاهلاً بالتحریم لخطأ فی التقلید أو الاجتهاد أو غیرهما، فالمعروف بین المتأخرین بل فی الدروس نسبته إلیهم، أنه کالعالم فی وجوب الرد من غیر فرق بین تلف العین و بقائها، لإطلاق ما دل علی حرمه الربا مما هو صریح فی عدم انتقاله عن المالک، و العذر فی الحکم التکلیفی لا ینافی الفساد الذی هو الحکم الوضعی، و حینئذ فیجری فیه ما قلناه فی العالم، فی ربا القرض و ربا البیع، و قوله تعالی (۲)«وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ» خلافا للنهایه و النافع و الدروس و الحدائق و الریاض و محکی الصدوق و الراوندی و الآبی و القطیفی و الأردبیلی؛ فلم یوجبوا الرد؛ بل عن التنقیح نسبته إلی الشیخ و أتباعه، بل قیل أنه ظاهر الطبرسی أو صریحه و کأنه مال إلیه فی التحریر و حواشی الشهید، و لا فرق

فی ذلک بین وجود المال و تلفه، کما عن نهایه الاحکام التصریح به.

نعم ظاهر هم اشتراط ذلک بالانتهاء عما مضی، بأن یتوب عما سلف، و صرح فی الحدائق بصحه المعامله فی هذا الحال، و لعله مراد الباقین، إذ الحکم بعدم وجوب الرد مع القول بفساد المعامله فی غایه البعد. نعم قد یقال أن محل کلامهم فی ربا القرض و نحوه مما تخص الحرمه الزیاده لا مطلق العوض، إلا أن إطلاقهم مناف له.

و کیف کان فالعمده فی ذلک بعد الأصل قیل و استصحاب الحکم حال الجهل إلی ما بعد المعرفه، و اختصاص أدله حرمه الربا کتابا و سنه- للتبادر من السیاق و قاعده التکلیف- بصوره العلم، خصوصا الآیه المزبوره التی هی (۳)«یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا ما بَقِیَ مِنَ الرِّبا إِنْ کُنْتُمْ مُؤْمِنِینَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ» مؤیدا بما حکی من سبب النزول، أن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب الخمس.

۲- ۲ سوره البقره الآیه ۲۷۹.

۳- ۳ سوره البقره الآیه ۲۷۹.

الولیـد بن المغیره کـان یربی فی الجـاهلیه، و قـد بقی له بقایا علی ثقیف فأراد خالـد المطالبه بها بعـد ما أسـلم، فنزلت الآیه قوله تعالی (۱)«فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَهٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهی فَلَهُ ما سَلَفَ» المفسـر فی ظاهر المحکی عن الطبرسـی بأن له ما أخذ و أکل من الربا قبل النهی، و

لا یلزمه رده کالمحکی عن الراوندی فی تفسیرها بأن له ما أکل و لیس علیه رد ما سلف، إذا لم یکن علم أنه حرام، مستدلا علیه ب

قول أبی جعفر علیه السلام (۲)«من أدرک الإسلام و تاب عما کان عمله فی الجاهلیه وضع اللّه عنه ما سلف»

فمن ارتکب ربـا بجهاله. و لم یعلم أن ذلک محظور، فلیسـتغفر اللّه فی المسـتقبل، و لیس علیه فیما مضـی شـی ء، و متی علم أن ذلک حرام أو تمکن من علمه فکلما یحصل له من ذلک محرم علیه و یجب علیه رده إلی صاحبه.

ثم قـال: قال السـدی: له ما سـلف له ما أکل، و لیس علیه رد ما سـلف، فأما من لم یقبض بعـد فلیس له أخـذه، و له رأس المال، لکن عن الطبرسی أنه روی الخبر المزبور إلی قوله تعالی «فَلَهُ ما سَلَفَ» فیحتمل أن یکون ما بعده من کلام

الراوندی، و فی الصحیح (۳)«دخـل رجل علی أبی جعفر علیه السـلام من أهل خراسان قـد عمل بالربا حتی کثر ماله ثم إنه سأل الفقهـاء فقالوا لیس یقبل منک شـی ء إلا أن ترده إلی أصـحابه، فجاء إلی أبی جعفر علیه السـلام، فقص علیه قصـته، فقال له أبو جعفر علیه السـلام: مخرجـک من کتاب اللّه عز و جل» فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَهٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهی فَلَهُ ما سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَی اللّهِ» و الموعظه التوبه.

و قد فسرت الموعظه بالتوبه؛ فی صحیح ابن مسلم (۴)الآخر أیضا عن أحدهما علیه السلام

و فی المروی عن نوادر أحمد بن محمد بن عیسـی (۵)عن أبیه «قال إن رجلا أربی دهرا من الـدهر؛ فخرج قاصدا إلی أبی جعفر علیه السلام یعنی الجواد فقال له: مخرجک

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۲۷۵.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الربا الحدیث- ۷-.

۴- ۴ تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۵۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الربا الحدیث ۱۰-.

من كتـاب اللَّه «فَمَنْ جـاءَهُ مَوْعِظَهٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهى فَلَهُ ما سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ و الموعظه هى التوبه، لجهله بتحريمه ثم معرفته به، فما مضى فحلال، و ما بقى فليتحفظ»

و نحوه ما عن فقه الرضا عليه السلام (۱)راويا له عن أبى جعفر عليه السلام

و فى صحيح هشام (۲)«سألت أبا عبد اللَّه عليه السلام عن رجل يأكل الربا و هو يرى أنه حلال، قال: لا يضره حتى يصيبه متعمدا فإذا أصابه متعمدا فهو بالمنزل الذى قال اللَّه عز و جل»

ك

قوله، عليه السلام فى صحيح الحلبى (۳)«كل ربا أكله الناس بجهاله ثم تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبه.

و قـال: لو أن رجلاـ ورث من أبيه ما لا و قـد عرف أن فى ذلك المال ربا، و لكن قـد اختلط فى التجاره بغيره حلالا، كان حلالا طيبا، فليأكله، و إن عرفت منه شيئا معزولا أنه ربا فليأخـذ رأس ماله و يرد الربا، و أيما رجل أفاد مالا كثيرا فيه الربا فجهل ذلك، ثم عرفه فأراد أن ينزعه، فما مضى فله، و يدعه فيما يستأنف»

و قال أيضا

فى صـحيح الحلبى الآخر(۴): «أتى رجـل أبى فقـال: إنى ورثت مالا و قـد علمت أن صاحبه الـذى ورثته منه قـد كان يربى و قد اعترف به و استيقن ذلـك، و ليس يطيب لى حلاله؛ لحال علمى به، و قـد سألت الفقهاء من أهل العراق و أهل الحجاز فقالوا: لا يحـل أكله من أجـل ما فيه، فقال أبو جعفر عليه السـلام: إن كنت تعلم بأن فيه مالا معروفا ربا و تعرف أهله؛ فخـذ رأس مالك و رد ما سوى ذلك؛ و إن كان مختلطا، فكله هنيئا فإن المال مالك، و اجتنب ما كان يصـنع صاحبه، فإن رسول اللَّه صـلى اللَّه عليه و آله قـد وضـع مـا مضـى من الربـا و حرم عليهم مـا بقى، فمن جهله وسع له جهله حـتى يعرفه، فـإذا عرف تحريمه حرم عليه، و وجب عليه فيه العقوبه إذا ارتكبه، كما يجب على من يأكل الربا.

و

سأل الصادق عليه السلام (۵)أيضا أبوا الربيع الشامى «عن رجل أربى بجهاله ثم أراد أن يتركه فقال أما ما مضى فله و ليتركه فيما

يستقبل، ثم قال: إن رجلا أتى أبا جعفر عليه السلام فقال:

۱- ۱ فقه الرضا ص ۷۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الربا الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الربا الحديث- ۲ باختلاف يسير.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الربا الحديث- ۳ باختلاف يسير.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الربا الحديث- ۴ باختلاف يسير.

إنی ورثت مالا، و قد علمت أن صاحبه کان یربی و قد سألت فقهاء أهل العراق و فقهاء أهل الحجاز فذکروا أنه لا یحل أکله، فقال أبو جعفر علیه السلام: إن کنت تعرف منه شیئا معزولا و تعرف أهله و تعرف أنه ربا فخذ رأس مالک و دع ما سواه و إن کان المال مختلطا فکله هنیئا مریئا، فإن المال مالک، و اجتنب ما کان یصنع صاحبک، فإن رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله قد وضع ما مضی من الربا، فمن جهله وسعه أکله، فإذا عرفه حرم أکله، فإن أکله بعد المعرفه وجب علیه ما وجب علی آکل الربا»

لکن لا یخفی علیک أن ما فی جمله من هذه النصوص لا یطابق القول بالعفو مع الجهل مطلقا.

نعم ظاهرها منطبق علی المحکی عن ابن الجنید قال «من اشتبه علیه من الربا لم یکن له أن یقوم علیه إلا بعد الیقین بأن ما یدخل فیه حلال، فإن قلد فیه غیره، أو استدل فأخطأ، ثم تبین له أن ذلک ربا لا تحل له، فإن کان معروفا رده علی صاحبه، و تاب إلی اللّه، و إن اختلط بماله حتی لا یعرفه، أو ورث مالا یعلم أن صاحبه کان یربی، و لا یعلم الربا بعینه فیعزله، جاز له أکله و التصرف فیه، إذا لم یعلم فیه الربا.

اللهم إلا أن یدعی ظهور صحیح الحلبی منها المشتمل علی تعلیل حل أکل الربا المختلط بوضع الرسول صلی اللّه علیه و آله و سلم ما مضی منه، فی أن المراد بما مضی نفس الربا فی حاله الجهل مطلقا؛ و منه حینئذ یظهر صحه تفسیر الآیه بما عرفت، کما هو أیضا ظاهرها.

و بالجمله فیحمل الأمر بالرد حینئذ مع التمیز و العزل لذلک علی الاستحباب، و أما الجمع- بحمل الأمر علی ظاهره، و تقیید الأدله المتقدمه الداله علی إطلاق الإباحه بصوره الخلط- فیدفعه عدم التکافؤ بسبب الکثره و الاعتضاد بفتوی من عرفت، مضافا إلی ظهور سیاق المعتبره فی عموم الإباحه حتی لصوره التمییز و المعرفه، فلا ریب حینئذ فی أولویه صرف الأمر عن ظاهره إلی الاستحباب من ذلک هذا.

و لکن لا یخفی أنه لا یصلح للفقیه الجریه بمثل هذه النصوص التی لا یخفی علیک اضطرابها فی الجمله، و ترک الاستفصال فیها عن الربا أن صاحبه کان جاهلا بحرمته أو عالما،

و الأمر فيها بالتوبه مع عـدم الذنب حال الجهل الذى يعذر فيه، بل قد اشترط فى الآيه الحل بها و حمله على الجهل الذى لا يعذر فيه، ينافيه ما فى خبر الباقر عليه السلام(۱)

السـابق من إلحـاق مثله بالعـالم و ترک الاسـتفصال فيها عن الربا فى القرض و البيع، و قـد عرفت الفرق بينهما، و غير ذلک على مخالفته الضوابط السابقه، و الاقدام على حل الربا الذى قد ورد فيه من التشديد ما ورد.

و قـد نزه ابن إدريس حمـل كلاـم الشـيخ على ذلـک، فضـلا عن النصوص، فإنه بعـد أن حكى عن الشـيخ فى النهايه قوله «فمن ارتكب الربـا بجهـاله و لم يعلم أن ذلـک محظـور فليسـتغفر اللّه، و ليس عليه فيمـا مضـى شـى ء؛ و مـتى علم أن ذلـک حرام ثم استعمله فكل ما يحصل له من ذلک محرم عليه، و يجب رده على صاحبه، قال: «المراد بـذلک ليس عليه شـى ء من العقاب بعد استغفاره، لاـ أن المراد بـذا أنه ليس عليه شـى ء من رد المـال الحرام، بـل يجب عليه رده إلى صاحبه بقوله تعالى (۲)«وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوالِكُمْ» فأما قوله (۳)«فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ» إلى آخره فالمراد و اللّه أعلم فله ما سلف من الوزر و غفران الذنب، و حق القديم سبحانه بعد انتهائه و توبته، لأن إسقاط الذنب عند التوبه تفضل عندنا، بخلاف ما يذهب إليه المعتزله.

و قيل فى التفسير ذكره شيخنا فى التبيان،(۴)و غيره من المفسرين، أن المراد بذلک ما كان فى الجاهليه من الربا بينهم فقال «فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهى فَلَهُ ما سَلَفَ» فأما ما يجرى من المسلم فيجب رده على صاحبه، سواء كان جاهلا بحاله؛ غير عالم بأنه محرم، أو كان عالم بذلک، فإنه يجب رد الربا على من

أربى عليه من المسـلمين جميعـا، فلاـ يظن ظـان و لاـ يتوهم متوهم على شـيخنا فيمـا قـال: غير ما حررناه، و تبعه فى حمل الآيه و بعض النصوص على أحد الأمرين العلامه فى المختلف.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الربا الحديث- ۷.

۲- ۲ سوره البقره الآيه ۲۷۹ ص ۲۷۵.

۳- ۳ سوره البقره الآيه ۲۷۹ ص ۲۷۵.

۴- ۴ تفسير تبيان ج ۲ ص ۳۶۰ المطبوع فى النجف الأشرف.

یمکن و حمل بعض النصوص علی العلم بأن المیت کان یربی و إن لم یعلم فی خصوص المال منه شیئا، و علی أنه مجهول المالک، و قد أباحه الإمام علیه السلام له أو علی أنه من الشبهه الغیر المحصوره أو غیر ذلک، بل فی المحکی عن کشف الرموز أنه یمکن أن یقال أن من ادعی الیوم فی الإسلام جهاله تحریم الربا لا یسمع منه، فیحمل النص و الفتوی علی أول الإسلام، و قد حکاه هو أیضا عن صاحب الشرائع.

قلت: لا یخفی قوه کون المراد بالآیه العفو عما سلف فی حال الجاهلیه، نحو قوله تعالی «وَ لا تَنْکِحُوا ما نَکَحَ آباؤُکُمْ مِنَ النِّساءِ إِلَّا ما قَدْ سَلَفَ» و غیره مما هو وارد مورده، و من هنا ادعی الفاضل المقداد فی المحکی عن کنزه صراحه الآیتین فی أنه لا یجب رد الربا مع الجهل السابق علی نزول التحریم، ثم قال: «إنه قرار یجب الرد مع الجهل و العلم، ثم إنه جمع بین الکلامین بأنه لا یجب علی الکافر رد ما أخذ حال کفره، إلا أن یکون عینه موجوده، و أما المسلم فیجب علیه الرد مطلقا، سواء علم بالتحریم أو لم یعلم، و إن کان قد یناقش فیه بأن الظاهر عدم وجوب الرد علی الکافر و إن کانت العین موجوده.

نعم لیس له قبضه کما أنه قد یناقش فی وجوب الرد علی المسلم بعد تلف العین، لإمکان القول بأنه قد سلطه المالک علیها، بل قال بعض مشایخنا فی تأیید القول بالعفو مع الجهل، إن الدافع قد أباح للقابض هذه الزیاده، لأنه إن کان عالما فظاهر، و إن کان جاهلا فکذلک، لأنه دفعها علی التراضی مبیحا لها، غایه ما فی الباب أنها لو بقیت و أراد الرجوع بها رجع، و لیس هذا التراضی منوطا بوجه مخصوص، حتی یکون کالتراضی فی العقد الفاسد، فتکون الإباحه مشروطه بصحه العقد، فی الواقع و سلامه المقابل، و صریحه أن القائل بالعفو معترف بالفساد فی هذا الحال، خلاف ما سمعته سابقا من صاحب الحدائق.

لکن فیه أن القول بالعفو عنه أشد مخالفه للقواعد و الضوابط خصوصا فی ربا البیع

و من الغریب دعوی عـدم تقییـد الإباحه بـذلک، و الفرض أنه ما دفعه إلیه إلا بعنوان الاسـتحقاق بالمعامله الربویه، و منه ینقـدح دفع المناقشه الأخیره، و أن المتجه الضمان مطلقا مع وجود العین و تلفها، کما حکاه فی الدروس عن المتأخرین و هو کذلک، و قـد بـان لـک من ذلک کله أنه لا ریب فی أن الأحوط إن لم یکن الأقوی اجتناب ذلک کله، علی أن النصوص المزبوره ظاهره فی معـذوریه من تنـاول الربا جهلا، و هو شامل لما إذا کان الطرف الأخر عالما مع أن المعامله حینئـذ فاسـده قطعا، لحرمه الربا و فساد المعامله بالنسبه إلی العالم، و ذلک یقتضی فسادها بالنسبه إلی الجاهل، فلا بد من التزام أمور عظیمه حینئذ بالنسبه إلی حل مال الغیر فی یـد الأخر و عـدم جواز أخـذه لمالکه مع وجود عینه، و غیر ذلک مما یصـعب التزامه، و أیضا الجاهل الغیر المعذور الذی قد تاب، مندرج فی قوله تعالی (۱)«وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ» و منه ینقدح الإشـکال فی النصوص المزبوره المشتمله علی تفسـیر الموعظه بـالتوبه مضافا إلی ظهور الآیه و غیرها أن المراد «فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَهٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهی » أی امتثل ما جاء من ربه من النهی فهو ظاهر فی أول النزول و اللَّه العالم.

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۲۷۵.

إلى هنـا تم الجزء الثـالث و العشـرون من كتاب جواهر الكلام بحمـد اللَّه و المنه و قـد بـذلنا غايه الجهـد فى تصـحيحه و مقابلته للنسـخه المصححه على النسخه الأصليه المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه و يتلوه الجزء الرابع و العشرون إن شاء اللَّه تعالى فى بيع الصرف و أحكامه.

على الآخوندى

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١۴٢۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز
القائمية
اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹